

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

CADUCITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 6 Juin 1908, à 1 heure

PAR

Henri VIRIOT

Président : M. BARTIN, professeur
Suffragants { *MM. PILLET, professeur*
AUDIBERT, professeur

PARIS

BONVALOT-JOUE, Éditeur

15, Rue Racine, 15

—
1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

CADUCITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

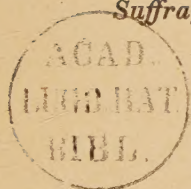
Présentée et soutenue le Samedi 6 Juin 1908, à 1 heure

PAR

Henri VIRIOT

Président : M. BARTIN, professeur

Suffragants { *MM. PILLET, professeur*
AUDIBERT, professeur



PARIS

BONVALOT-JOUE, Éditeur

15, Rue Racine, 15

1908

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Caducité des Conventions matrimoniales

INTRODUCTION

Plus que toute autre institution juridique, le mariage montre les questions pécuniaires étroitement mêlées à des préoccupations plus désintéressées, qui ne peuvent pas entraîner exclusivement la décision des contractants. Il est admis que deux personnes qui songent à s'unir en mariage visent avant tout, non seulement à accomplir leur propre destinée aussi complètement que possible, mais encore à assurer leur bonheur réciproque en mettant en commun leur activité, leurs qualités intellectuelles et morales, à procréer des enfants auxquels ils prépareront la voie dans l'existence.

Cependant, avec ce projet, et pour sa réalisation, il se présente aussitôt nécessairement des questions d'intérêt. Quelle est la fortune de chacun des futurs époux, ou quelles ressources sa profession lui assure-t-elle, car il faudra faire face aux dépenses du ménage? Comment ces charges seront-elles distribuées

entre eux ? Quels seront leurs droits respectifs sur leurs biens, tant apportés en mariage qu'acquis à titre onéreux ou gratuit au cours de l'union ? Chacun conservera-t-il en propre les produits de son travail, ou les confondra-t-il avec ceux de son conjoint en une masse qui sera partagée à la dissolution du mariage suivant une proportion établie par eux ?

Tous ces points, et d'autres encore, sont réglés dans les conventions matrimoniales qui, à la différence de la plupart des contrats, opérations isolées ou d'une portée restreinte, forment une charte générale, qui dominera toute la vie juridique des époux, et sera à ce point de vue la base de leurs rapports tant entre eux qu'avec les tiers. Il existe donc une étroite parenté entre le mariage et le contrat de mariage régissant, l'un l'union personnelle, l'autre les relations de fortune, à tel point qu'on a pu dire que les conventions matrimoniales étaient subordonnées à la réalisation du mariage comme condition, et inversement, qu'elles étaient la condition de la conclusion du mariage. Ces formules ne sont peut-être pas très heureuses, la deuxième en particulier, dont le tort est de vouloir donner une tournure juridique à l'expression d'un rapport qui, nullement nécessaire, n'est que dans les faits. Nous aurons à les apprécier par la suite.

La dépendance qui unit le contrat de mariage au mariage, quelquefois mal interprétée et exagérée jusqu'à en faire une entière indivisibilité, est cependant certaine et éclate avec évidence comme emprun-

tée à la nature même des choses. Elle se résume dans cette idée, que sans mariage il ne peut y avoir de contrat de mariage. C'est le premier qui est la raison d'être du second, lequel n'a aucune efficacité sans lui. Le contrat de mariage auquel la célébration du mariage ne vient pas apporter en quelque sorte la consécration, la permission de vivre, est lettre morte ; il est sans objet, il est caduc en un mot, c'est-à-dire qu'il tombe de lui-même, qu'il se révèle inutile et ne sort par conséquent aucun effet juridique. On peut en dire autant du cas où le mariage est annulé après coup ; c'est la constatation d'un état de choses antérieur, que dissimulaient des apparences trompeuses.

La caducité du contrat de mariage, ou mieux, des conventions matrimoniales, tel sera l'objet de cette étude. C'est une matière peu connue dans son ensemble, sur laquelle on se borne à donner quelques explications éparses dans les développements relatifs au contrat de mariage et au mariage. Il semble d'ailleurs que le sujet doive être vite épuisé, surtout si l'on pense à la loi du 10 avril 1850, qui paraît devoir lever tous les doutes sur la valeur d'un contrat de mariage plus ou moins ancien, et si l'on croit qu'il suffit, à défaut de mariage valable, de rejeter en bloc tout son contenu quand les circonstances sont contraires à sa persistance. Il resterait cependant à parler du cas où la caducité du contrat provient de l'annulation du mariage, soit pour cause de bigamie, soit pour tout autre cause, et qui met en jeu, pour la

liquidation des rapports de fait entre personnes qui à tort se sont cru ou ont feint de se croire valablement mariées, la théorie des mariages putatifs ou celle des sociétés de fait.

Mais, même dans la première hypothèse, il convient de définir le rôle de la loi de 1850, de ne pas s'arrêter au mot contrat de mariage, et de faire des distinctions parmi les conventions qu'on a insérées sous ce nom. A côté de la stipulation du régime, à côté des donations qui font partie de nombreux contrats de mariage et pour lesquelles surtout se posent des problèmes intéressants, nous verrons que les futurs époux profitent parfois de leur présence avec certains tiers devant le notaire pour lui faire constater leur accord sur des points concernant d'assez loin la situation pécuniaire du ménage futur. Nous essayerons donc de discerner les conventions vraiment matrimoniales, en nous aidant au besoin de comparaisons puisées dans les théories de la capacité et de l'immutabilité qui s'appliquent à ces conventions.

Sans compter les questions accessoires ou connexes qui viennent, chemin faisant, se greffer sur les grandes lignes de ce programme, nous devons enfin y comprendre l'exposé des règles fiscales correspondantes et de celles qui concernent les frais du contrat en général. Outre l'intérêt pratique qu'elles offrent par elles-mêmes, leur application pourra servir à corroborer les solutions admises ailleurs, ou à dissiper les incertitudes que celles-ci laisseraient subsister.

En tout ceci, peu de principes généraux à défendre ou à contester : nous l'avons noté, la caducité va de soi, c'est pour ainsi dire un axiome. Après l'avoir définie dans sa nature et dans son fondement, ce qui sera le seul point théorique se rapportant à l'ensemble du sujet, les difficultés d'application surtout nous retiendront, et, pour les voir apparaître afin d'en chercher la clé, le mieux était de nous reporter aux décisions judiciaires. Dans des circonstances données par une espèce concrète ou par les hypothèses voisines qu'elle suggère, nous verrons ainsi comment doivent trouver leur place les règles des contrats, et plus particulièrement celles du mariage, du contrat de mariage, et les donations.

Ainsi, partant de ce principe de subordination qui explique la caducité des conventions matrimoniales, nous parcourrons successivement une série de questions soulevées par son application, mais qui sont souvent indépendantes les unes des autres, et forment autant de problèmes distincts et fermés dont les solutions ne comportent entre elles aucune conclusion générale.

Voilà justifiée notre entreprise et la méthode suivant laquelle nous voulons l'aborder. N'y entrons pas plus avant sans avoir indiqué l'ordre à suivre.

Dans une première partie nous observerons la caducité en général, puis spécialement dans les conventions matrimoniales.

Dans une deuxième, nous étudierons les circonstances dans lesquelles se produit la caducité par

défaut de célébration puis par annulation du mariage, avec quelques questions sur la situation du tiers donateur entre la donation et la célébration du mariage.

Enfin nous considérerons les effets de la caducité dans les deux mêmes cas, parcourant d'abord les stipulations en usage dans les contrats de mariage afin de connaître celles qui peuvent être atteintes de caducité, puis recherchant dans une dernière partie les règles qui gouvernent les rapports de deux personnes dont les conventions matrimoniales sont paralysées par la nullité de leur mariage.

PREMIÈRE PARTIE

La Caducité. — Son fondement dans le domaine des conventions matrimoniales.

CHAPITRE PREMIER

Définition de la caducité.

Le mot « caducité » prend, en droit, un sens particulier, absolument distinct de celui qu'il a dans le langage courant. Ce sens naquit en droit romain, où l'on désignait proprement sous le nom de *caduca* (de *cadere*, tomber) les dispositions testamentaires valables et restées telles jusqu'à la mort du testateur, qui tombaient à cette époque, soit parce que le gratifié n'avait pas le *jus capiendi* (1), soit parce qu'il fai-

1. Le *jus capiendi hereditatem*, exigé de certaines personnes à côté d'autres conditions, ne leur appartenait que si elles se trouvaient dans les circonstances requises par certaines lois, parmi lesquelles les lois Julia (736) et Papia Poppœa (762), rendues par Auguste dans le but de combattre le célibat et de relever la natalité, sont les plus importantes. Les dispositions qui, de ce chef, ne pouvaient pas être recueillies, devenaient caduques, ce qui fit donner à ces lois le nom de lois caducaires.

sait défaut pour une cause quelconque, décès, renonciation ou autre, et sous le nom de *in causa caduci* les dispositions valables dans le principe, mais devenues inopérantes du vivant du testateur, ainsi l'institution d'un héritier qui était prédécédé.

Il s'agissait donc de clauses d'un testament remplissant toutes les conditions voulues lors de leur rédaction, et non révoquées, mais dont l'exécution, ajournée au décès du testateur, était manquée à jamais si le gratifié ne vivait plus à ce moment, ou s'il faisait défaut, soit volontairement, soit parce qu'il ne se trouvait pas dans les conditions requises par la loi.

Ce sont encore des hypothèses analogues qui, sous notre Code civil, forment les cas de caducité. L'offre de contracter, si elle n'entraîne pas la conclusion immédiate du contrat, devient caduque quand, avant qu'elle soit retirée, le pollicitant vient à mourir ou à être frappé d'incapacité. Un legs est caduc lorsque le légataire meurt avant le testateur, — lorsqu'au décès il est atteint d'une incapacité survenue depuis la confection du testament, — lorsqu'il la répudie, — lorsque la chose léguée vient à périr, — lorsqu'il est certain, du vivant du testateur ou après sa mort, que la condition suspensive à laquelle il est subordonné ne peut plus s'accomplir, ou lorsque la condition résolutoire qu'il contient vient à se réaliser. Une substitution fidéicommissaire est également caduque par le prédécès des appelés, — par leur incapacité au moment de recueillir la libéralité, — par leur répudiation. Une institution contractuelle est caduque par

le prédécès du donataire ou par sa renonciation. Enfin sont caduques, par suite du défaut de célébration du mariage ou de son annulation, les stipulations du contrat de mariage et les conventions qui s'y rapportent.

Dans tous ces actes, il n'est pas question de validité, puisque nous les supposons absolument réguliers dès le moment de leur confection. Mais ils ont ce point de commun, qu'à eux seuls ils ne peuvent produire aucun effet, ou seulement des effets imparfaits ; ils rassemblent bien tous les éléments qu'on peut exiger d'eux, mais c'est d'un acte, d'un événement nouveau qu'ils doivent recevoir le complément sans lequel ils ne peuvent remplir leur but.

Parmi les causes qui provoquent la caducité des dispositions testamentaires, nous avons énuméré, avec M. Planiol⁽¹⁾, la certitude acquise que la condition suspensive qui les affecte ne se produira pas, en y joignant la réalisation d'une condition résolutoire. Il n'est pas d'usage d'appeler caducité l'anéantissement d'un acte quelconque par la réalisation ou la défaillance de la condition qui lui est apposée. Cependant l'expression nous semble exacte, bien que cette hypothèse diffère des précédentes : c'est bien un événement extérieur à l'acte qui décide de son sort, mais cet événement est prévu et choisi par la volonté des parties, et non appelé forcément à ce rôle par la nature même de l'acte ; de plus, l'acte conditionnel produit

1. 2^e édit., III, n^o 2850.

dès l'instant de sa conclusion des effets au moins provisoires. Quoi qu'il en soit, on ne peut employer ce langage pour les legs conditionnels sans l'étendre aux autres actes revêtus de la même modalité.

Est-il besoin de remarquer que la caducité ne doit pas être confondue avec la nullité qui, elle, s'observe dans un acte vicié, auquel il manque quelque condition soit de fond, soit de forme. Cet acte est défectueux dès le début, et, quoi qu'il arrive, dans la suite, restera le néant, à moins que ceux qui le peuvent négligent de l'attaquer, qu'ils laissent la prescription s'accomplir, ou qu'ils ratifient, lorsque c'est possible. C'est l'acte lui-même qu'il faudrait reprendre pour le réhabiliter, et en ratifiant, on ne fait pas autre chose.

En résumé, la caducité suppose des actes juridiques valables et réguliers en eux-mêmes, mais dont l'efficacité n'est pas immédiate, car ils n'opèrent que si, à un moment où ils sont encore possibles, se réalisent certains actes juridiques ou autres événements, ou le concours de certaines personnes. Si ce complément leur manque, ou ne leur a pas été apporté en temps utile, ces actes restent dépourvus d'effets, on dit qu'ils sont frappés de caducité.

Cette formule, un peu compliquée pour vouloir réunir les applications diverses d'une même chose, convient du moins au contrat de mariage. Nous la préciserons peut-être, en indiquant qu'on ne peut qualifier de caduc tout acte inutile. Celui-ci se distingue de l'acte nul en ce que sa stérilité ne tient pas nécessairement à la volonté du législateur, mais

peut provenir aussi de la volonté des parties ou de la nature des choses : les parties ont voulu quelque chose de matériellement ou juridiquement impossible, ou quelque chose qui, réalisable d'une façon absolue, ne l'est pas dans le cas concret où elles se trouvent (1).

Tout acte caduc est un acte inutile, mais, alors que des actes de toute sorte peuvent être inutiles, ceux-là seuls que nous avons cités sont susceptibles de caducité. L'acte qui manque d'objet, par exemple, est inutile, mais on dira qu'un legs est caduc si la chose léguée, existant lors de la confection du testament, a péri avant le décès du testateur, on n'en dira pas autant de la vente d'une chose qui a péri ou qui n'a jamais existé. Dans le premier cas, on a un acte dont on ne peut dire de prime abord s'il a été fait en vain ; il faut attendre pour cela un temps plus ou moins long. Dans le second, l'acte est condamné dès sa naissance, et ne peut s'expliquer que par une erreur de ceux qui l'ont fait. Cette période d'attente, d'incertitude, est l'une des caractéristiques de la caducité. L'acte inutile parce que nul n'est pas né

1. M. Planiol (2^e éd., I, n^o 327) oppose d'une façon absolue l'acte inutile à l'acte nul. L'absence d'effets, dans celui-ci, tient à la volonté du législateur. Dans l'acte inutile, elle tient à la volonté des parties ou à la nature des choses ; bien que régulier au point de vue juridique, l'acte manque son effet sans que le législateur ait besoin d'intervenir, et à l'inverse, il ne dépendrait pas du législateur de le rendre efficace. Il nous semble que les actes inutiles qui, moins encore que les actes caducs, forment un groupe nettement caractérisé au point de vue juridique, comprennent, d'après le sens grammatical du mot, même les actes nuls.

viable. L'acte caduc était viable, il lui a manqué de vivre (1).

Mais gardons-nous de prononcer ici le mot d'acte imparfait, qui a une acception bien limitée, du moins dans la pratique : on nomme ainsi l'écrit sous seing privé ou authentique, qui ne réunit pas en la forme tous les éléments requis, tel celui qui n'est pas signé de l'une des parties ou du notaire.

C'est la caducité, ainsi comprise, que nous allons examiner d'une façon spéciale à propos du contrat de mariage. Nous pensons, avec Laurent, qu'il est parfaitement inutile de recourir, comme fait Troplong (2), à l'autorité des lois romaines et de Cujas pour affirmer qu'elle a lieu.

Un fragment de Papinien (Dig. *De jure dotium*, liv. 23, tit. III, l. 68) est en effet ainsi conçu : *Dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accepit*. Un passage d'Ulpien (l. 10, § 4, au même titre) est dans les même sens : *Hanc habet conditionem, si matrimonium fuerit secutum*. Ailleurs encore (loi 21) il dit : *Stipulationem quæ propter causam dotis fiat constat habere in se conditionem hanc si nuptiæ fuerint secutæ*. Les Institutes de Justinien, (liv. 1, tit. X, § 12), après avoir énuméré les empêchements au mariage, s'expriment ainsi : *Si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec*

1. On ne trouve nulle part de définition juridique de la caducité, et il est possible que ce terme n'ait pas un sens bien circonscrit ; on l'emploie pour constater simplement des situations négatives, qui semblent le plus souvent sans intérêt ; il en est autrement pour le contrat de mariage.

2. Tr. du Contrat de mariage (1850), I, p. 117, n° 90.

nuptiæ nec matrimonium nec dos intelligitur : si une union est contractée en contravention à ces règles, il n'y a... ni mariage... ni dot. Ce qui est dit de la dot serait vrai aujourd'hui des conventions matrimoniales, car les Romains ne connaissaient pas le contrat de mariage, ou bien le trouvaient tout fait dans la loi, et tout se réduisait à la rédaction d'un *instrumentum dotale*. Cujas à son tour donne le commentaire de ces citations. Mais ces textes ne nous apprennent rien que nous ne puissions constater par nous-mêmes.

Nous nous dispenserons d'ailleurs, de parti pris, de toute revue historique du droit romain comme de l'ancien droit français. Leurs institutions matrimoniales reposant sur des principes bien différents des nôtres, et offrant trop d'incertitude et de variété, elle serait d'un faible secours et ne servirait qu'à retarder nos développements.

CHAPITRE II

Fondement de la caducité des conventions matrimoniales.

Le contrat de mariage, — personne ne le conteste, et le législateur n'a pas jugé utile de s'en expliquer si ce n'est pour les donations (art. 1088), — est dans une dépendance étroite vis-à-vis du mariage, dont l'existence commande rigoureusement la sienne. Mais l'accord cesse quand il faut donner une qualification juridique de cette solidarité qui enchaîne les deux actes.

Il faut distinguer les différentes dispositions qui sont contenues dans le contrat de mariage, car toutes ne sont pas liées au même degré au mariage, et l'on ne peut pas faire pour toutes les mêmes raisonnements.

Dispositions étrangères insérées dans le contrat de mariage. — Le contrat peut renfermer des conventions entre les futurs et des tiers ou des actes unilatéraux, qui s'y trouvent accidentellement, par simple raison d'opportunité. Ces actes se comportent comme s'ils étaient faits isolément, le contexte du contrat

pourra seulement servir à les interpréter. Ils ont pu être stipulés obligatoires à partir du même jour que ce contrat ; mais le fait du mariage peut aussi leur avoir été assigné comme condition, au même titre qu'un autre événement quelconque : quand il arrivera, tout se passera suivant les règles ordinaires : ils agiront ou seront résolus, au jour de leur conclusion.

§ 1. — *Théorie du contrat de mariage conditionnel.*

Plus habituellement, à côté des clauses du régime, dispositions essentielles qui constituent le fonds du contrat de mariage, on introduit dans celui-ci des donations consenties soit entre futurs époux, soit au profit de l'un d'eux par des tiers. Elles sont en liaison étroite avec le mariage ; faites par des tiers, elles sont destinées sauf clause contraire à favoriser ce mariage ; entre futurs, elles tendent à équilibrer leur fortune, elles sont une marque d'affection donnée au conjoint, ou, si, comme c'est le cas le plus fréquent, elles portent sur des biens à venir ou sont subordonnées à la survie de ce conjoint, elles lui ménagent une certaine aisance à la dissolution de l'union. Elles s'incorporent si naturellement au contrat de mariage, surtout celles que les futurs se font entre eux, que le législateur les régit d'une façon spéciale (art. 1081-1095 et art. 1398) comme un élément de ce contrat, et leur accorde un traitement privilégié.

Ces donations sont comprises dans le contrat de mariage lorsqu'on dit qu'il est un contrat conditionnel. De cette formule, employée par certains auteurs et par les arrêts, il suit que le mariage envisagé, n'arrivant pas à réalisation ou cédant à une demande d'annulation, n'est autre chose qu'une condition qui, faisant défaut, l'empêche de se former ou opère résolution s'il en a été ainsi convenu, de même que son arrivée le validerait rétroactivement si l'on veut être logique.

Voilà l'explication la plus répandue, celle à laquelle on revient malgré soi, même quand on en aperçoit les imperfections (1). Elle semble à première vue être très claire, parce qu'elle est modelée sur l'une des grandes théories de la matière des obligations ; elle reproduit le langage courant consacré par une pratique plusieurs fois séculaire et qui a ses racines dans les quelques phrases de jurisconsultes romains que nous avons rappelées sans commentaires : de ces textes nous est venue la locution tant employée *si nuptiæ sequantur*, dont la forme évoque immédiatement l'idée d'une condition.

Enfin, ce langage donne une notion approximative de ce qui se passe, si on ne lui accorde pas une signification scientifique, si on ne veut pas l'approfondir : les époux sont tenus par le contrat de mariage à condition que le mariage ait lieu, c'est-à-dire dans le

1. Planiol, 2^e éd., III, comp. n^{os} 829 et 832.

cas seulement où il aura lieu (1). Il ne se soutient plus si l'on veut en faire dériver toutes les conséquences que comporte la théorie de condition par suite de la rétroactivité.

Donations par contrat de mariage. — Il ne peut avoir un sens juridique que lorsqu'on l'applique aux donations faites en faveur du mariage. L'opinion très générale est qu'elles sont faites sous une vraie condition, et l'article 1088, aux termes duquel « toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas », apparaît pour elles simplement comme une conséquence des principes généraux (2). La donation qui n'est autorisée que dans le contrat de mariage sera donc, si l'on peut dire, doublement anéantie : d'abord comme faisant partie d'un contrat de mariage qui ne sera pas exécuté, et ensuite parce que le mariage fait défaut, c'est la conséquence propre de la condition.

1. On fait en sens inverse un usage vraiment abusif du mot condition quand on dit que le mariage a pour condition les conventions pécuniaires sans lesquelles il n'aurait pas été contracté. Cela est énoncé dans divers arrêts, dans le but de mettre en relief l'importance que les parties ont attribuée au côté pécuniaire du mariage, et de justifier le maintien du contrat de mariage vicié comme le mariage quand celui-ci ne peut plus être attaqué. Troplong entend même donner un tour juridique à cette idée. Pour exprimer que la nullité du contrat de mariage, n'entraîne pas celle du mariage, il dit : « Sans doute le mariage a eu pour condition les conventions intéressées renfermées dans le contrat qui a réglé la dot. Mais si cette condition du mariage est contraire à la loi, elle sera présumée non écrite. Telle est la règle suivie en matière de donation et de testament. Elle est surtout importante en matière de mariage. »

2. V. Baudry-Lacantinerie et Colin (*Don. et test.*, 2^e éd., II, n° 3850), d'après qui la donation fait naître au profit du futur époux ou des futurs donataires « un droit conditionnel » ; le donateur s'est lié « sous la condition *si nuptiæ sequantur* ».

La condition sera tantôt suspensive, tantôt résolutoire ; mais le résultat sera équivalent, surtout si l'on est d'avis que toute condition résolutoire s'analyse en une condition suspensive qui, lorsqu'elle arrive, opère la résolution. De toute façon l'obligation du donateur, exécutée ou non, disparaîtra rétroactivement du jour où elle s'est formée si le mariage ne se fait pas, de même qu'elle sera née dès ce jour s'il suit son cours normal (art. 1179) : les aliénations passées par le donateur pendant le temps qui va du contrat de mariage au mariage seront donc non avenues parce qu'elles ont pour objet la chose d'autrui, car le bien donné est réputé être devenu la propriété du donataire depuis le moment de la donation, si du moins celle-ci a été transcrite quand elle porte sur des biens susceptibles d'hypothèque (art. 941).

Donations entre futurs époux par contrat de mariage. — Il n'y a rien à objecter touchant les donations faites par des tiers. Quant à celles qui émanent du futur conjoint, pour elles comme pour le reste du contrat de mariage, on peut hésiter à interpréter l'événement du mariage comme une condition. Tout en gardant leur nature de donations, elles dépendent non seulement du mariage, mais du contrat de mariage, dont elles sont partie intrinsèque. Elles ne sont qu'une manière d'accorder à l'un des époux, tel droit, tel avantage qu'il pourrait tenir d'une clause du régime, du fonds du contrat, qui institue les bases de l'association conjugale.

Elles ont cela de propre, qu'elles ne supposent pas

l'intervention d'un tiers ; les époux, qui sont seuls en cause, les exécuteront ou non, comme leur contrat de mariage, s'il leur plaît, s'ils persévèrent dans leur projet d'union, alors qu'un tiers donateur reste engagé tant que l'union peut se réaliser, le donataire pouvant cependant renoncer à la libéralité par la rédaction d'un nouveau contrat fait en dehors de lui. L'époux donateur peut toujours mettre pour condition à la célébration de l'union le retrait de la libéralité qu'il avait d'abord consentie.

Les donations entre futurs époux sont le complément de leurs autres conventions, puisqu'elles consistent pour leur auteur à distraire une partie de son patrimoine à l'avantage de celui qui doit partager son existence ; il importe peu qu'elles restent soumises aux règles sur la quotité disponible quand les autres conventions de mariage en sont affranchies.

Jurisprudence. — Il ne faut donc pas s'étonner si la jurisprudence les considère comme réellement affectées d'une condition ; c'est le système qui ressort de plusieurs de ses décisions touchant les conventions matrimoniales, système exposé dans des motifs d'une portée très générale.

Un arrêt de la Cour de cassation (1), refusant à celui qui est devenu créancier du mari dans l'intervalle entre le contrat de mariage et le mariage le droit de diriger l'action paulienne contre une donation par lui adressée à la femme et déguisée sous la forme d'une recon-

1 7 fév. 1872. D. 73. 1. 80.

naissance d'apport, est ainsi motivé : « Attendu que le contrat de mariage, soumis sans doute à la condition de la célébration du mariage, produit effet du jour où il a été dressé, lorsque la célébration a eu lieu, l'accomplissement de la condition ayant, aux termes de l'article 1179, un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté... »

La même doctrine s'affirme avec non moins de netteté dans un autre arrêt de la Cour suprême (1), très remarqué dans le monde judiciaire, et d'après lequel l'immeuble acquis par la femme entre le contrat et le mariage en échange d'un autre réservé dotal et aliénable mais à la charge de emploi, devient de plein droit dotal et frappé de la même indisponibilité. Les considérants sont très compréhensifs, dans le même sens que ceux de l'arrêt précédent.

Enfin la Cour de Toulouse, qui avait rendu l'arrêt cassé, s'est depuis pleinement ralliée, et a dans une décision ultérieure (2) développé la thèse avec toute son ampleur, pour valider l'hypothèque consentie par le mari sur les biens de sa femme avant le mariage, mais en vertu d'un mandat contenu dans le contrat (3) : « Attendu que les conventions anténup-

1. 18 déc. 1878. S. 81. 1. 353, note Lacointa ; D. 79. 1. 441 et note approfondie. MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville pensent que la Cour aurait pu justifier sa décision avec l'article 1396 (*Tr. du contrat de mariage*. I, n° 195).

2. 8 mai 1883. *Gaz. Pal.*, 83, 2^e sem., V, 114.

3. Ce résultat, comme le précédent, pouvait, d'après M. Vidal, trouver sa source en dehors d'une condition rétroactive : on l'obtenait en se référant aux termes mêmes dans lesquels la femme s'était réservé le droit d'hypothéquer ses biens en partie, et en avait chargé son mari, dans le

tiales sont subordonnées à la condition suspensive *si nuptiæ secutæ sunt* : que la célébration du mariage est l'événement qui réalise la condition et que cette condition accomplie rétroagit au jour des conventions matrimoniales ; que l'article 1179 pose une règle générale, qui s'applique au contrat de mariage comme aux contrats ordinaires ; que, par l'effet de cette rétroactivité, le contrat est réputé avoir existé comme s'il avait été pur et simple. »

On essayerait en vain (1) d'atténuer l'importance de ces solutions, et de leur en opposer d'autres, qui semblent permettre d'aliéner les biens dotaux pour le paiement des dettes de la femme ou du constituant, lorsqu'elles ont une date certaine antérieure au mariage seulement et non pas au contrat de mariage (art. 1158, alinéa 4) (2), qui ne donnent rang à l'hypothèque légale de la femme que du jour du mariage malgré la contradiction apparente des articles 2135 et 2194 (3).

Le système de la Cour de cassation est faux malgré les correctifs qu'elle peut y apporter et son exemple a déjà entraîné non seulement la Cour de Toulouse, mais la Cour de Nîmes (4), qui a annulé la vente opérée par la femme depuis son contrat et avant

but d'acheter un fonds de commerce pour le ménage. (*Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*. Toulouse, 1883, p. 138.)

1. Planiol, 2^e éd., III, n° 883.

2. Rouen, 10 janv. 1867. S. 67. 2. 109. — Implicitement Montpellier, 13 nov. 1878. D. 79. 2. 217. — Caen, 9 juil. 1889. D. 90. 2. 137.

3. Cass., 22 janv. 1878. S. 78. 1. 306 ; D. 78. 1. 154.

4. 26 mars 1889. *Le Droit*, 16-17 sept. 1889.

le mariage, d'un bien qu'elle s'était constitué en dot, en faisant dater l'inaliénabilité dotale du jour du contrat de mariage «... attendu que, tant que le mariage n'a pas été célébré, la femme majeure peut librement disposer de son bien ; mais que l'aliénation par elle consentie au mépris des conventions matrimoniales ne saurait empêcher l'effet rétroactif que la célébration du mariage communique à ces conventions, et que, le mariage étant la condition sous laquelle elles ont été faites, sa célébration en fait remonter l'effet au jour du contrat. »

Fausseté de la théorie jurisprudentielle. — Il ne rentre pas dans notre cadre de réfuter par le détail les raisons qui ont été fournies à l'appui de cette théorie. La réfutation a été faite péremptoirement dans divers travaux (1), elle éclate dans l'incompatibilité des sentences que les juges sont amenés à rendre. Nous faisons allusion à la Cour de cassation qui, quelques mois avant son fameux arrêt du 18 décembre 1878, proclamait que l'hypothèque légale de la femme mariée remonte seulement au jour où le mariage a été célébré : « Attendu que l'hypothèque légale, ayant pour but de garantir la femme contre la mauvaise administration du mari, cette garantie ne peut exister que du jour où le mari est devenu administra-

1. G. Vidal. *Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*. Toulouse, 1883, p. 109-149. — Foulquié. *Etude sur la rétroactivité de la condition*. Toulouse, 1895, p. 21 et suiv. — G. Timbal. *Point de départ des effets du régime matrimonial*. Toulouse, 1901, p. 40-80. — Notes sous plusieurs des arrêts cités.

teur de la dot, c'est-à-dire à partir de la célébration du mariage. » Ainsi, le contrat est tenu pour efficace quant aux pouvoirs des époux sur leurs biens, ceux qui sont frappés de dotalité ne pouvant plus être aliénés que dans les termes du contrat, et le mari pouvant déjà hypothéquer les biens de sa femme, mais non au point de vue de l'hypothèque légale qui doit garantir la femme.

Idee d'une affectation donnée aux biens et obligatoire dès le jour du contrat. — M. Planiol, qui répudie le principe du contrat de mariage conditionnel, demande qu'on n'accorde pas une portée absolue aux décisions de la jurisprudence, notamment à l'arrêt de décembre 1878 : il sanctionne une subrogation réelle nécessaire, qui repose sur une affectation conventionnelle donnée aux futurs biens dotaux, obligatoire dès avant le mariage, sans qu'il y ait en cela rétroactivité, et susceptible de se transmettre des biens primitifs à ceux qui leur sont substitués.

Même en se plaçant sur ce terrain, ces décisions sont difficilement soutenables ; M. Vidal a montré qu'elles ne s'imposaient même pas dans un but de protection pour les fiancés, d'autant plus qu'on ne peut leur sacrifier les tiers également en jeu (1). Elles manquent de base dans les textes qu'on a invoqués pour les défendre, qui sont :

L'article 1404 alinéa 2 : « Néanmoins, si l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de

1. V. aussi Timbal, p. 50-82.

mariage, contenant stipulation de communauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du contrat de mariage, auquel cas elle sera réglée suivant la convention. »

Et l'article 1558 alinéa 4 : L'immeuble dotal peut être aliéné, — « Pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage ».

On prouve que ces textes ont un caractère exceptionnel qui ne permet pas de les étendre comme s'ils étaient les conséquences d'une règle posée dans le Code civil.

Quant aux articles 2194 et 2195, qui semblent donner rang à l'hypothèque légale du jour du contrat de mariage, ils sont contredits par l'article 2135, siège de la matière, qui se réfère formellement au jour du mariage.

§ 2. — *Le mariage n'est pas une vraie condition par rapport au contrat.*

Mais la théorie de la condition elle-même, qui sert de base à la jurisprudence, est sans application aux conventions matrimoniales. Les jurisconsultes romains distinguaient déjà les conditions inhérentes à l'acte même des conditions véritables, qui y sont apposées par les parties. Papinien (1) du moins le

1. Dig. liv. XXV, tit. I, *De Cond. et demonstr.*, loi 99.

fait pour le testament : *Conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, id est quæ tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionala*. Nous ne trouvons pas les textes qui, d'après M. Timbal (1), étendent cette remarque à la constitution de dot qui tenait lieu de contrat de mariage, si ce n'est ceux déjà relatés qui sous-entendent dans cet acte de condition *si nuptiæ sequantur*. Nous sommes cependant convaincu qu'il n'y a pas ici une vraie condition.

Tel est l'avis d'Aubry et Rau : « Il est des conventions ou dispositions qui, d'après leur nature, ou leur objet, supposent nécessairement l'existence ou la réalisation extérieure de certains faits. Ces faits ne constituent pas de véritables conditions, alors même qu'ils ont été indiqués comme tels. C'est ainsi que la clause par laquelle un testateur aurait subordonné l'exécution d'un legs à la survie du légataire, ou celle par laquelle les parties, figurant dans un contrat de mariage, en auraient fait dépendre l'effet de la célébration du mariage projeté, ne formerait pas une véritable condition... (2). C'est ce qu'à Rome les jurisconsultes appelaient *conditiones tacitæ*, mais non dans le sens où on emploierait aujourd'hui cette même expression pour désigner de véritables conditions (3). »

1. Point de départ des effets du régime matrimonial, p. 67.

2. Aubry et Rau, IV, § 302-1^o, p. 60. •

3. *Ibid.*, note 2, p. 60. — V. aussi Bufnoir, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, Paris, 1866, p. 40. — Huc, VII, n^o 241. — Cornil, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, Paris, 1899, p. 17.

Ailleurs, ces auteurs évitent avec soin le mot de condition pour dire que « toutes conventions matrimoniales et toutes donations par contrat de mariage sont censées faites dans la supposition qu'elles seront suivies d'un mariage valable » (1).

Du reste on voit, à la lecture de l'article 1168, que le législateur a considéré la condition comme un événement extérieur à l'acte qui y est assujetti, sans lequel il est très concevable, et que les parties en choisi à leur convenance. Que cette rédaction soit voulue ou spontanée, elle n'en donne pas moins d'une façon adéquate l'idée de la condition : « L'obligation est conditionnelle *lorsqu'on la fait* dépendre... » Il ne faut donc pas que l'obligation ou le contrat dépende déjà naturellement de l'événement futur et incertain. C'est précisément ce qui a lieu pour le contrat de mariage.

Analogie entre le contrat de mariage et le testament. — La volonté des contractants n'a pas à intervenir : elle le conclut tel qu'il s'offre, non pas même d'après la loi, mais de par la nature des choses, c'est-à-dire suspendu jusqu'à l'arrivée du mariage. Il en va de lui comme du testament ; le rapprochement, proposé par Aubry et Rau est fait aussi par M. Chausse, dans un article (2) où il s'élève non seulement contre la

1. V, § 501, p. 231 (4^e éd.).

2. « De la rétroactivité dans les actes juridiques, » *Rev. crit.*, 1900, p. 529-547. — De même M. Huc, critiquant le système de la jurisprudence sur les rapports du contrat de mariage avec le mariage, dit que c'est

« sorte de vertu magique » qu'on en est venu à attribuer à la rétroactivité dans les hypothèses où l'on est en présence d'une véritable condition, mais contre l'extension démesurée qu'on a donnée à la théorie même de la condition.

Parfois, lorsqu'on fait intervenir à tort la condition, l'un des éléments essentiels de l'acte, le consentement, ou l'objet, manque totalement ou est incomplet, et le rapport n'a pu s'établir ; d'autres fois il manque un élément spécial à tel acte en particulier, et qui est requis soit en raison de sa nature, soit par la volonté du législateur.

Ainsi, les actes solennels ne sont parfaits qu'à la date précise où ils reçoivent l'existence légale par l'observation des formes prescrites. De même un legs ne peut sortir effet que si le légataire est vivant ou tout au moins conçu à l'époque du décès du testateur. « Comme le testament, le contrat de mariage n'est qu'un projet qui ne reçoit d'existence légale qu'au jour de la célébration. »

Certains auteurs ne sentent pas cette analogie, parmi lesquels M. Demogue qui, dans sa systématisation des droits éventuels (1), hésite à placer sur le

l'une de ses erreurs les plus manifestes : « Autant vaudrait dire que les legs sont conditionnels parce qu'ils sont subordonnés au prédécès du testateur. » (IX, n° 60).

1. « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance. » *Rev. trim. de dr. civ.*, 1905, p. 724-791. — « De la nature et des effets du droit éventuel », même revue, 1906, p. 231-319. Les idées exposées dans ces articles ont été reprises sous une forme personnelle par M. Titulesco dans son *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*. Paris, 1907.

même pied le testament et le contrat de mariage : le décès du testateur, condition d'existence indispensable, élément substantiel du testament, ne serait pas une éventualité comme le mariage vis-à-vis du contrat de mariage, mais bien plutôt un terme tacite, parce que l'événement arrivera certainement (1).

§ 3. — *Le contrat de mariage accessoire du mariage*
Système de M. Demogue.

M. Demogue, avec d'autres auteurs, tels que MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville (2), fait du contrat de mariage un contrat accessoire, c'est-à-dire qui ne peut « se concevoir qu'autant qu'un autre contrat ou qu'une autre obligation existe déjà ». Il la met en compagnie du cautionnement, du gage, de l'hypothèque, de la novation, pour leur assigner des règles communes qu'il justifie de façon semblable, au moins quant à l'époque où ils peuvent entrer en vigueur. Les conséquences pratiques de ces règles sont presque aussi condamnables que celles du contrat de mariage conditionnel, qu'on s'est efforcé de tempérer pour pouvoir conserver celles que la juris-

1. Nous en convenons, mais il n'est pas aussi certain que ce décès se produise avant celui du légataire ; et l'idée de terme tacite s'adapterait tout aussi bien au contrat de mariage. M. Demogue compare encore le testament et le contrat de mariage quand il cherche de quelle date courent leurs effets, mais à un point de vue qui n'est pas le nôtre : « Le droit éventuel naît au moment du décès et ne devient pur et simple que par l'acceptation du légataire... » (*Rev. trim.*, 1906, p. 272.)

2. *Tr. du. contr. de mariage*, I, n° 194.

prudence a admises ; elles en diffèrent surtout par la voie employée pour les atteindre. Ces conséquences d'ailleurs sont l'aboutissement de la théorie des droits éventuels, autant que du caractère accessoire du contrat.

M. Demogue doit concilier les effets du contrat de mariage, avec ceux qu'il attribue aux autres contrats accessoires principalement à l'hypothèque constituée pour sûreté d'une dette future qui, d'après une opinion quasi-unanime, prend rang du jour de sa constitution, et voici comment il y vient.

« Le contrat accessoire ne nous paraît pas en réalité dépendre dans son existence du contrat principal. Il nous paraît seulement en dépendre en ceci qu'il ne peut être exécuté, et cela, dans le sens le plus étroit du terme, qu'autant que le contrat principal existe. Le contrat accessoire a une vie indépendante, seulement on ne peut pas s'en servir pour faire payer la dette lorsqu'elle n'existe pas encore... » (1)

« Cherchons avec ces idées à éclairer la question des effets du contrat de mariage. Ce contrat a un double objet. Il s'occupe de déterminer quels seront les valeurs dont le mari prendra l'administration, quelles seront celles au contraire qui resteront soumises à l'administration de la femme. Nous croyons qu'en général les effets divers du contrat de mariage doivent se produire à la date même de ce contrat. Il ne s'agit que des conséquences purement juridiques à tirer du

1. *Rev. trim de dr. civ.*, 1906, p. 176.

contrat de mariage ; il s'agit de savoir si la subrogation réelle va fonctionner immédiatement ou seulement après la célébration du mariage... »

« Cependant nous ne déduirons pas du principe posé par nous toutes les conséquences qu'il comporte. Nous nous refusons à admettre la formule de la Cour de cassation... »

« Il ne faut pas que le contrat de mariage déroule dès avant le mariage toutes ces conséquences... »

« Le droit d'administration du mari, son droit de jouissance sur les biens de la femme, n'ont de raison d'être qu'après que la vie commune existe... L'exécution même du contrat de mariage : la mise du mari en possession des biens de la femme, ne doit avoir lieu qu'après que le contrat principal existe. Ici, comme en matière de condition, il faut dire qu'en face d'un acte dépendant dans son existence d'un événement futur et incertain, il est conforme aux besoins pratiques, à la volonté des parties, que les effets directs et matériels de l'acte soient retardés jusqu'à cet événement... »

Ainsi la théorie de M. Demogue, qui tend à déterminer une zone intermédiaire entre le droit conditionnel et la simple expectative, zone embrassant les droits dont l'élément prépondérant existe déjà, tel le consentement dans les droits conventionnels, est peu féconde dans notre matière, et l'auteur reconnaît qu'il fait produire au contrat de mariage des effets aussi considérables que s'il était conditionnel (1).

1. *Rev. trim. de dr. civ.*, 1906, p. 280.

Conçue, comme la dissertation précitée de M. Chausse, en réaction contre l'invasion de la théorie de la condition hors de ses limites rationnelles, elle appelle ici des conclusions bien différentes (1).

Vraie dans son principe, elle ne présente pas à notre avis, un corps de solutions bien coordonnées, ou plutôt, groupant de nombreuses hypothèses qui jusqu'alors avaient paru n'avoir pas de lien entre elles, elle découvre des analogies un peu forcées entre certains actes, pour harmoniser ensuite d'une façon quelquefois arbitraire les règles qu'ils subissent. Enfin elle est étroitement dominée par le souci de prouver une justification des décisions rendues par la jurisprudence, qu'on croit dignes d'être maintenues.

§ 4. — *Système proposé : le contrat, rédigé par anticipation, est une partie de la réglementation du mariage.*

Bien que nous ne puissions admettre la théorie qui précède, nous devons reconnaître que le caractère accessoire qu'elle prête au contrat n'est pas foncièrement inexact : il est vrai qu'on ne fait pas un contrat de mariage pour lui-même, d'une façon indépendante, comme on ferait une vente, ou un contrat de société.

1. M. Chausse se contente de nier qu'il y ait condition quand il manque à l'acte un élément essentiel, parce que les éléments essentiels ne peuvent pas se compléter successivement. M. Demogue exclut aussi la condition, mais la remplace par l'éventualité qui a souvent, d'après lui, la même influence sur l'acte.

Mais il n'a selon nous qu'une ressemblance bien imparfaite avec les actes qu'on lui compare : contrats accessoires, et même testament.

Le testament ne se rattache à aucun acte juridique. D'un autre côté, on contracte journellement des dettes qui ne sont garanties par aucun cautionnement, aucun gage, aucune hypothèque ; la majorité ne fait jamais l'objet d'une novation ; tous ces contrats introduisent dans l'obligation une note supplémentaire, tout à fait contingente. Mais jamais un mariage n'existera sans un régime des biens, une charte des intérêts de la famille : il y aura toujours, au moins virtuellement si les époux ne possèdent aucun bien, un contrat de mariage conventionnel ou tacite. La réglementation pécuniaire du mariage est nécessaire, comme celle qui tient aux rapports des personnes, si on veut donner quelque fixité aux relations juridiques à naître entre elles et vis-à-vis des tiers, et ne pas abandonner au bon vouloir de chaque époux l'emploi de ses ressources à l'acquittement de charges dont il a sa part.

Le contrat de mariage n'est pas seulement l'accessoire du mariage, il en est une fraction, un élément, qui peut se présenter sous la forme très sommaire d'une référence tacite au régime tracé par le législateur, ou dans un contrat prudemment combiné. Un tel contrat est possible parce que le législateur, qui a en principe enfermé le mariage dans des dispositions impératives et invariables, a voulu laisser une cer-

taine latitude aux contractants sur le terrain des droits patrimoniaux.

Le mariage a été par suite décomposé en deux phases ; l'une se déroule devant le notaire, dont les lumières seront utiles aux parties, et que ses attributions désignaient pour ce rôle ; l'autre devant l'officier de l'état civil, qui simplement prononce au nom de l'Etat l'union des époux. Le mariage consacré devant le notaire, par la signature d'un seul contrat, ne serait pas du tout une monstruosité, puisqu'il réaliserait la synthèse de deux actes juridiques qui se complètent mutuellement.

Mais des raisons d'ordre pratique ont fait écarter cette simultanéité, et d'un autre côté on ne peut pas toujours, comme cela serait désirable, retarder la signature du contrat de mariage jusqu'au moment précis où l'officier de l'état civil déclarera les époux unis. Malgré le temps plus ou moins long qui sera ainsi intercalé, le contrat de mariage ne sera, du moins pour les stipulations où les époux seuls interviennent, sans contracter avec des tiers, que la rédaction anticipée de conventions qui ne peuvent encore pas exercer leur influence sur le patrimoine des parties.

Lorsque nous faisons des conventions matrimoniales une partie de la réglementation du mariage même, nous ne distinguons pas entre l'affectation imprimée aux biens par une clause spéciale ou comme conséquence du régime, telle que la dotalité, et le surplus de ce régime, c'est-à-dire son fonctionnement, l'exercice des pouvoirs conférés aux époux. Cette affecta-

tion elle-même n'est pas définitive, car les futurs époux conservent leurs pouvoirs sur leur patrimoine respectif tant qu'ils ne sont pas mariés; les seules restrictions à y apporter sont celles que le législateur a formellement introduites dans les articles 1404, alinéa 2 et 1558 alinéa 4. La subrogation réelle qu'on veut faire dériver de cette affectation est sans fondement dans la loi en dehors de ces cas. Elle est de plus dangereuse pour les tiers en l'absence de toute publicité.

Le contrat de mariage est plutôt à terme que sous condition. — On a observé (1) que le contrat de mariage est bien plus un acte à terme qu'un acte conditionnel, parce qu'il régit un état nouveau, qui s'établira un jour donné. Ce serait vraiment un terme d'un nouveau genre, que celui qui consisterait en un événement incertain non seulement quant à l'époque de son arrivée, mais quant à son existence même, et il ressemblerait étrangement à une condition, avec la rétroactivité en moins.

Pourtant nous serions assez partisan d'accueillir cette opinion, et il faut en venir là si l'on s'écarte des modalités généralement reconnues. Le contrat de mariage, avons-nous dit, n'est pas seulement l'accessoire du mariage, c'est une partie de sa réglementation, qui ne commence qu'avec lui. Un homme et une femme ne s'aviseront pas de faire un contrat de mariage pour le cas plus ou moins probable où il leur

1. Note sous Cass. D. 79. I. 441 et Planiol, 2^e éd., III, n° 832.

arriverait de se marier. Quand ils le concluent, le mariage est à peu près chose faite dans leur esprit, et s'il n'a pas lieu, c'est qu'il se sera produit un événement inattendu, un revirement dans la volonté de l'un d'eux. Mais, ayant conçu ce projet, qui doit s'exécuter dans un délai assez proche, certain ou encore imprécis, qu'ils pensent en tous cas devoir s'exécuter, ils arrêtent des conventions matrimoniales qui ne s'appliqueront aussi que passé le même délai.

§ 5. — *Autres systèmes*

Condition non rétroactive. — Mais on pourrait encore combattre d'une autre façon le système classique de la condition. M. Leloutre (1), précisant des tendances nouvelles, qui ont prévalu dans le nouveau Code civil allemand (art. 158 et 159), s'efforce de démontrer que la rétroactivité, longtemps reçue comme un dogme, qui est maintenant prouvée n'avoir pas existé en droit romain, ne s'impose aucunement comme règle absolue, et même ne constitue pas toujours une interprétation exacte de la volonté des parties. La condition étant ainsi entendue, il serait moins dangereux d'en étendre le domaine. Mais la thèse classique de la condition rétroactive est encore bien ancrée dans notre droit. D'ailleurs, l'auteur ne semble pas songer au contrat de mariage quand il parle de condition.

1. *De la non-rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridique*, Caen, 1904.

Bellot des Minières (1) avait déjà essayé d'échapper à la rétroactivité, tout en demeurant dans la théorie de la condition, mais il emploie une argumentation des plus singulières, et M. Timbal qui la reproduit (2), déclare avec raison que c'est à titre tout à fait subsidiaire.

La condition à laquelle sont soumises les conventions matrimoniales, est une condition non pas mixte, mais doublement potestative, c'est-à-dire potestative de chaque côté des contractants. La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté de l'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. « Où donc est ici le tiers ? Si le mari est tiers à l'égard de la femme, la femme est tiers à l'égard du mari : cela est très vrai, Mais si l'un est tiers à l'égard de l'autre, où sont alors les parties contractantes ? » Or la condition potestative ne rétroagit pas d'après Troplong et les auteurs les plus recommandables.

C'est aussi ce qu'enseignent Aubry et Rau (3). Remarquons avant tout que des auteurs non moins autorisés sont d'avis contraire (4), ce qui rendrait cette théorie inutile. Mais plus loin nous étudierons la nature de la condition : « Si je me marie avec telle personne » insérée dans un acte entre l'un des époux et un tiers ; nous verrons que celle-là peut être considérée comme

1. *Le contr. de mariage* (1855), I, n° 656 et 657.

2. p. 72.

3. VI, S. 303, n° 2.

4. Laurent XVII, n° 86. — Demolombe, XXV, n° 387.

mixte ou même potestative, qu'en tout cas elle est interdite dans une donation (art. 944) à cause du principe *Donner et retenir ne vaut* (1).

Entre les époux au contraire, s'il y a une condition, peut-on bien dire qu'elle soit potestative ? Sans doute, chacun peut à tout instant empêcher le contrat de mariage de se former ; mais est-ce leur état d'esprit au moment où ils le concluent ? Ils veulent avant tout se marier, et c'est un acte qui dépend à la fois de leur volonté et de celle du futur conjoint, qui est un tiers et un contractant en même temps.

Cette tentative, ainsi que les autres (2), pour peu satisfaisantes qu'elles nous paraissent, n'en sont pas moins utiles à montrer ce qu'a de choquant la théorie du contrat de mariage conditionnel quand on veut la pousser à fond. Si l'on n'a pas pu s'entendre pour lui en substituer une autre, c'est parce qu'on a affaire à une situation qui ne se réalise pas ailleurs que dans le contrat de mariage. Malgré la méfiance qu'on attache à cette formule, considérée volontiers comme un aveu d'ignorance, nous dirons qu'entre le contrat de mariage et le mariage, il existe une relation juridique *sui generis*.

Le mariage cause du contrat de mariage. — Nous resterions sur cette opinion s'il ne nous fallait encore

1. III^e partie. Ch. II. Sect. II, § 4.

2. On peut lire encore dans la Pasirisie belge (1839. 1. 20) les moyens fournis à l'appui d'un pourvoi devant la Cour de cassation belge : il s'y trouve quelques remarques judicieuses, mais perdues dans un mélange des explications les plus disparates : théorie de la cause, condition potestative, convention *sub modo* à charge de se marier.

noter quelques arrêts qui, au sujet, non plus du point de départ des effets des conventions matrimoniales, mais bien de l'influence qu'exerce sur elles la validité du mariage contracté ou à contracter, considèrent ce dernier comme leur servant de cause, ou refusent de se rallier à ce système.

Un mariage ayant été annulé, le contrat fait à son occasion fut déclaré nul d'une nullité propre, comme frauduleux et « sans cause » (1).

Devant la Cour de cassation belge (2), on prétendait que le contrat fait en vue d'un mariage annulé était nul d'une nullité à laquelle on ne pouvait remédier par un mariage subséquent valable, parce qu'il reposait sur une cause illicite. Mais la Cour ne s'arrêta pas à ces allégations, qui du reste n'étaient pas fondées dans l'espèce, et se retrancha derrière le système de la condition, qui paraissait sans réplique parce qu'il n'y avait pas à prendre parti sur la rétroactivité.

Devant la Cour de Paris (3), on employait le même argument pour faire déclarer nul, grâce à l'article 1131, le contrat passé à une époque où le mariage convenu était prohibé par la loi. Elle évita de répondre directement, et ne voulut envisager qu'une question de capacité.

Cette manière de fixer la cause du contrat de mariage permettrait de l'annuler quand le mariage

1. Poitiers, 16 juil. 1846. S. 46. 2. 526.

2. Pasier. belge, 1839. I. 20 et suiv.

3. 9 fév. 1860. S. 60. 2. 65 ; D. 60 2. 73.

fait défaut ou est illicite, et de ne lui faire produire effet que lorsque cette cause existe. Mais tout est discutable dans la théorie de la cause, et elle nous semble bien factice dans le contrat de mariage en particulier.

Les partisans de la théorie classique diront que, le contrat de mariage étant synallagmatique, les obligations de chaque partie reposent sur celles qu'assume son cocontractant. Or rien n'est moins certain, parce que l'un des époux peut ne contracter que des obligations insignifiantes eu égard à celles de l'autre. Si l'une des stipulations est illicite, faudra-t-il annuler le contrat tout entier, ou telle clause qui doit avoir été inspirée par celle qui n'était pas permise ? On ne peut pas ainsi disséquer le contrat de mariage pour prendre chaque partie isolément et chercher à quelle préoccupation elle répond. Une partie pourra en être distraite si elle porte un vice qui la rend nulle, mais en dehors de là, il faut le prendre pour un ensemble, dont les éléments n'ont pas de valeur par eux-mêmes et ne sont pas simplement superposés : un contrat de mariage n'est pas une suite d'aliénations, d'obligations, de constitutions d'usufruit ou d'hypothèque, c'est un contrat de mariage et rien d'autre.

Avec cette notion du contrat de mariage, il serait peut-être plus raisonnable de dire qu'il a pour cause le mariage : les futurs époux ne s'obligent pas parce leur conjoint de demain en fait autant, mais tous deux procèdent à une détermination nécessaire de leurs droits parce que ceux-ci seront bientôt en partie con-

fondus, et serviront à acquitter des charges nouvelles.

Ainsi le contrat de mariage serait nul (art. 1131) si le mariage qu'il doit régir est illicite, de même qu'il serait nul si le mariage condition est illicite (art. 1172). Mais les époux se trouvent ainsi stipuler sur une cause qui n'existe encore pas, qui n'existera que du jour du mariage. Le contrat est fait par anticipation, il ne comporte en quelque sorte qu'un consentement pour l'avenir, pour l'époque où il aura une cause : l'état de mariage créé par la célébration,

DEUXIÈME PARTIE

Conditions de la caducité des conventions matrimoniales.

Il est rare que le mariage suive sans interruption la signature du contrat, et il se produit au contraire le plus souvent un intervalle plus ou moins long qui sépare ces deux actes (1). Dans les cas normaux, cette période sera de courte durée : quelques semaines, quelques mois au plus. Mais il peut se révéler, alors que les futurs sont passés devant le notaire, des obstacles imprévus : des renseignements nouveaux acquis sur l'un des fiancés ou sur sa famille lui sont défavorables ; c'est sa situation qui s'est modifiée en peu de temps, des parents refusent leur agrément à une union combinée en dehors d'eux (2), le futur, s'il est

1. On cite l'exemple d'un contrat de mariage, remontant au 10 juillet 1804, auquel le mariage ne vint s'ajouter que dix-huit ans après sa rédaction, le 10 juillet 1822. (Nîmes, 19 août 1824, *Mémorial de jurisprudence*, IX, p. 305.)

2. Avant la loi de 1907 qui fixe la majorité matrimoniale au même âge pour les deux sexes, un jeune homme pouvait entre vingt et un et vingt-cinq ans, passer seul son contrat de mariage, et se voir ensuite refuser le consentement de ses parents.

militaire, n'a pu obtenir l'autorisation nécessaire, on découvre spontanément ou à la suite d'une opposition un empêchement auquel on n'avait pas pris garde, l'un des fiancés est frappé d'une maladie grave, ou revient simplement sur sa décision, l'accord qui régnait d'abord relativement aux arrangements pécuniaires a cessé d'exister, l'une des parties augmentant ses exigences ; ou bien, mesurant seulement après coup la portée de ses engagements, un donateur ne se décide pas à exécuter son obligation et on hésite à l'y contraindre.

De pareils faits, pris entre tant d'autres, ont pour conséquence de retarder le mariage si les difficultés peuvent être vaincues, si l'empêchement disparaît, ou de mettre fin radicalement à tout ce qui avait été commencé : l'empêchement est de ceux qui ne peuvent être levés, les parties en restent là.

Quand il en est ainsi, il est clair que le contrat a manqué son but, on ne s'en occupera plus si ce n'est pour justifier des apports qui auraient été faits par anticipation, ou pour prouver des conventions étrangères qu'on y avait introduites. Que l'un des fiancés vienne à mourir, il en sera de même.

Mais s'il n'y a eu qu'un temps d'arrêt dans les pourparlers, et qu'ils soient plus tard repris, pour aboutir à la conclusion qu'ils comportent, il peut y avoir doute sur l'efficacité des conventions matrimoniales qui sont restées un moment en sommeil : pour savoir sous quel régime les époux sont mariés, devra-t-on se référer aux clauses du contrat de mariage ou

revenir au régime légal en leur refusant toute valeur (1) ? Les donations consenties par des tiers aux époux seront-elles demeurées obligatoires, ou auront-ils pu s'en affranchir ? C'est ce que nous allons examiner en deux chapitres différents.

Au défaut du mariage, il faut assimiler son annulation, lorsqu'il avait été célébré sans l'observation des règles légales, ou malgré certains empêchements. Cette cause de caducité, facile à constater, puisqu'elle résulte d'un acte précis c'est-à-dire du jugement, appelle cependant aussi quelques observations, sur la manière même dont intervient l'annulation.

1. Ce n'est pas tout : quand il se place un temps assez long entre le contrat de mariage et le mariage, il peut s'être produit un changement de législation qui donnera à rechercher par quelle loi le contrat de mariage, survivant par hypothèse, devra être complété : celle sous laquelle il a été fait, ou celle qui régnait lors de la célébration du mariage. La Cour de Bastia (4 mai 1836. D. 36, 2. 158) a été saisie de cette question à propos d'un contrat de mariage signé avant le Code civil, en Corse, où le régime dotal était le seul suivi, et qui ne faisait que constater la constitution de la dot et l'obligation de la restituer. Le mariage n'avait été célébré qu'en 1805, mais la Cour déclara par interprétation de volonté prise dans les termes de l'acte et dans le fait de n'avoir pas renouvelé les conventions matrimoniales, que le régime adopté était celui de l'époque du contrat ; elle se basa cependant sur l'article 1569 du Code civil pour voir une présomption de réception de la dot dans l'expiration du délai de deux ans depuis son exigibilité. On peut justifier cette différence : cet article 1569 ne régit pas ainsi des faits accomplis avant sa promulgation, mais il est la sanction d'obligations, de devoirs imposés aux maris par cela seul qu'ils se sont mariés sous son empire. On ne peut donc pas répondre en bloc pour toutes les conventions matrimoniales.

Cette difficulté est d'ailleurs étrangère à la caducité.

CHAPITRE PREMIER

Défaut de célébration du mariage ou célébration précédée d'une rupture. Conséquences quant à la caducité des conventions matrimoniales.

Lorsqu'un mariage projeté, et dont on avait déjà rédigé le contrat pécuniaire, est brisé irrévocablement, ce contrat est caduc, mais comme il perd tout intérêt, sa caducité, qui est flagrante, ne fera l'objet d'aucun litige : pour l'utiliser, il faudrait justifier d'un mariage subséquent.

Mais, qu'on soit revenu sur cette rupture, que le mariage ait eu lieu après un certain temps, il faut alors se demander si le contrat de mariage dressé en premier lieu reste applicable aux rapports des époux entre eux et avec les tiers. Nous verrons qu'il n'est sujet à aucune péremption, à aucune prescription.

La seule question vraiment relative à la caducité serait donc celle-ci : suffit-il que la réalisation d'un mariage ne se produise qu'après avoir été contrariée

par une rupture pour que le contrat ne puisse plus entrer en vigueur, et quelle doit être la gravité de la rupture pour qu'elle ait cette conséquence ?

§ 1. — *Rupture du projet de mariage.*

Le contrat de mariage n'ayant de valeur que par le mariage auquel il se rattache, on est porté à dire que toute son efficacité tombe dès qu'il devient certain en fait que les parties ont, volontairement ou sous la pression des événements, renoncé à leurs desseins, l'une ayant signifié à l'autre la rupture, ou toutes deux s'étant réciproquement rendu leur parole.

Mais c'est la théorie, et elle causera bien des contestations quand il s'agira de prouver jusqu'à quel degré les rapports se sont distendus et s'il y a eu simplement un temps de réflexion pris par les fiancés et leurs familles, ou une rupture considérée alors comme définitive, et détruisant de plein droit toute la force virtuelle du contrat. Ce sera une recherche d'intention, qui échappe à toute prévision *a priori*, et surtout l'intention sera difficile à découvrir après coup, soit que le différend s'élève vis-à-vis des tiers qui n'en auront eu qu'une connaissance superficielle, soit qu'il surgisse entre les époux ou leurs représentants, qui apporteront en sens opposé des arguments tirés des circonstances de la rupture. Même après une rupture retentissante, il peut intervenir une prompte réconciliation.

Quand la preuve d'une rupture sérieuse sera faite,

nous estimons encore dangereux de réputer le contrat de mariage non-avenu parce qu'il lui était antérieur. Dans le contrat nous distinguons en effet deux choses : l'acte juridique et l'*instrumentum*. Le premier peut avoir été atteint parce qu'il s'est produit, depuis la conclusion, des événements qui rejaillissent sur lui : le mariage qui est ensuite célébré a lieu entre les mêmes personnes entre lesquelles il avait été déjà sur le point de se conclure, mais c'est à la suite d'une nouvelle entente, lors de laquelle les questions pécuniaires ont dû être discutées et définies de nouveau.

Le second, c'est-à-dire l'acte authentique destiné à servir de preuve, n'a pas été touché par cela seul que le mariage a défailli, ce n'est pas lui qui concerne la caducité ; les contractants, le trouvant préparé, peuvent toujours le faire servir si ses termes coïncident avec leurs volontés actuelles. L'existence d'un contrat intact, quelle que soit sa date, sera une raison puissante de rejeter le régime légal.

§ 2. — *Intention des époux lors de la célébration.*

Toutefois, nous sommes encore en face d'une question d'intention : les époux, au moment où leur mariage a fini par aboutir, ont-ils entendu confirmer leur contrat préexistant, ou, en faisant abstraction, se placer sous la communauté légale ? Mais nous arriverons à découvrir cette intention, ou bien certains faits nous dispenseront de nous en inquiéter.

La résiliation et les contre-lettres joueront un grand rôle : résiliation du contrat faite expressément, en général pour obtenir le remboursement des droits d'enregistrement, ou résultant de la rédaction d'un contrat nouveau, addition d'une contre-lettre au contrat primitif. Si les stipulations du contrat ne sont plus de circonstance au moment où s'effectue le mariage, si elles portent sur des biens depuis longtemps aliénés, il est probable qu'elles sont restées dans l'oubli. Il y a enfin la loi du 10 avril 1850, dont on peut tirer parti ici indépendamment de son rôle principal, qui est la publicité du contrat.

Nous reprendrons successivement tous ces points, mais remarquons qu'en parlant de contrat de mariage, nous avons compris non seulement les dispositions du régime matrimonial, mais les donations entre futurs époux, que ceux-ci ne séparent pas des autres conventions, et qui sont avec elles censées avoir été renouvelées implicitement dans les conditions de l'acte originaire, si les circonstances ou une manifestation de volonté tacite ou expresse n'a montré le contraire (1).

1. La C. de cassation. (req. 28 oct. 1889. Pand. fr., 89. 1. 565) après la Cour de Nancy (24 juil. 1888. Pand. fr., 89. 2. 183) a appliqué cette assimilation des donations entre futurs époux au contrat de mariage proprement dit, même à une donation déguisée sous forme d'acte à titre onéreux, faite entre fiancés hors du contrat de mariage, mais signée le même jour que lui. Elle a décidé que c'était une contre-lettre, nulle pour n'être pas revêtue des formes exigées. C'est que les donations entre futurs doivent se combiner avec les autres clauses, dont elles peuvent altérer la portée.

Observation des prescriptions de la loi du 10 avril 1850. — Parmi ces indications, nous mettrons au premier plan, parce qu'elles semblent devoir l'emporter sur les autres, celles résultant des déclarations prescrites par la loi du 10 avril 1850. Son promoteur, M. Valette, et ceux qui l'ont votée, n'en attendaient pas ce bienfait, mais grâce à elle, l'incertitude sera fort atténuée sinon totalement supprimée.

Le but était de remédier au défaut de publicité des contrats autres que ceux des commerçants, dont les inconvénients étaient sensibles principalement pour le régime dotal. A cet effet, il est prescrit au notaire rédacteur de donner connaissance de la loi aux futurs époux et de leur délivrer un certificat mentionnant son nom, sa résidence, les noms, qualités et demeures des futurs, et la date du contrat ; ce certificat indique qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage (art. 1394). L'officier de l'état civil doit à son tour interpellier les époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, pour leur faire dire s'il a été fait un contrat de mariage, à quelle date et devant quel notaire (art. 75), puis reproduire la réponse dans l'acte de mariage avec tous les détails voulus.

De cette façon, si la loi a été observée, on aura un indice certain de ce qu'ont voulu les époux : si devant

l'officier de l'état civil ils ont déclaré s'en rapporter à leur contrat de mariage, d'ailleurs valable, à quelque date qu'il remonte, il n'y aura pas à s'enquérir d'autre chose.

Pareillement, s'ils ont affirmé n'avoir pas fait de contrat, c'est qu'ils entendaient laisser dans l'oubli leurs stipulations un moment abandonnées et se placer sous le régime légal. Mais on ne doit pas perdre de vue l'objectif restreint de la loi de 1850, qui en a limité les sanctions et ne permet pas de lui donner une portée absolue.

Le contrat n'est pas nul, comme on pourrait le croire, parce que les époux ont fait une fausse déclaration ou parce que le notaire ou l'officier de l'état civil ont omis de faire ce que la loi leur ordonne. Le notaire, qui remplit un rôle secondaire dans cette publicité, encourt une amende de 10 francs, et l'officier de l'état civil une amende de 100 francs. Quant aux époux, l'article 1391 se contente de dire que « si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage ». C'était la moindre sanction qu'on pût édicter ; cependant ses conséquences risquent d'être plus lourdes que le paiement des amendes.

On peut prévoir une erreur ou une négligence du notaire, ou surtout de l'officier de l'état civil qui

n'adresserait pas aux parties l'interpellation requise, ou ne mentionnerait pas sur les registres la réponse qui y a été faite. Mais les époux n'ayant pas été avertis, ou n'étant pas responsables, on ne peut rien conclure de leur silence quant à la survivance de leur contrat de mariage après un abandon momentané ; le temps n'emporte ici aucune déchéance.

Il est possible aussi que les époux aient sciemment violé la loi qu'ils connaissaient, pour s'opposer à la notoriété que la mention dans l'acte de mariage eût donnée à leur contrat (1). Mariés ou non sous le régime dotal, ils savaient, en ne le déclarant pas, à quoi la femme s'exposait, ils se promettaient de révéler leur régime aux personnes avec qui il leur plairait plus tard de contracter. Et alors, les conjoints, l'un d'eux, ou leurs représentants, pourraient objecter à ceux qui les prétendraient gouvernés par la communauté légale : « Ce régime est celui des gens mariés sans contrat, ce n'est pas le nôtre, car nous en avons arrêté un autre auquel nous n'avons jamais renoncé, les registres de l'état civil n'en portent pas la trace, mais ce n'est pas à cela qu'ils sont destinés : éviter aux tiers les surprises au sujet des biens dotaux inaliénables, c'est tout ce qu'a voulu la loi de 1850. » Nous croyons que cette défense serait sans réplique.

1. En contractant, ils seront alors dans une situation exceptionnelle au regard des tiers qui ignorent leurs vraies conventions matrimoniales : ils pourront ou restreindre l'engagement de la femme dans les termes du contrat de mariage, ou s'engager, mari et femme, comme communs en biens.

En somme, la loi de 1850 n'aura pour nous de valeur irrécusable qu'autant qu'un contrat de mariage aura été effectivement déclaré par les époux lors de la célébration du mariage. Faut-il regretter que le législateur n'ait pas prononcé la nullité du contrat de mariage qui n'a pas été publié conformément à ses prescriptions ? C'était le moyen d'assurer une publicité intégrale dont nous n'apprécions pas l'opportunité, de lever aussi toute incertitude sur la caducité, qui aurait été doublée d'une nullité facile à constater.

Mais pour justifier une mesure aussi radicale, le résultat aurait été bien faible, d'autant plus que les conflits se présentent peu fréquemment dans la pratique, et qu'on doit trouver le plus souvent dans les circonstances de fait et la conduite des époux entre le contrat de mariage et le mariage des éléments de solution suffisants.

Le contrat de mariage ne se périmé pas. — L'écoulement d'un certain temps ne pourrait fournir à lui seul ces indications, car aucun délai ne s'impose pour procéder à la célébration : s'il en est autrement lorsqu'il s'agit des publications, qui doivent être réitérées quand le mariage n'a pas lieu dans l'année (art. 65), c'est une règle qui ne peut être étendue, qui repose d'ailleurs sur des motifs spéciaux. Ces publications, destinées à prévenir les mariages contractés entre personnes ne remplissant pas les conditions requises ou au mépris des prohibitions légales, en provoquant les oppositions le cas échéant, épuisent toute

leur utilité avant le mariage et n'atteignent leur but que si elles en sont peu éloignées, car la situation respective des époux peut se modifier, de nouveaux empêchements s'élever entre eux, et il faut que les tiers soient à même de les signaler. Pour le contrat de mariage, ces raisons manquent entièrement. Tout ancien qu'il soit, il n'a rien perdu de sa force.

Si les futurs époux avaient eu l'idée de subordonner l'exécution de leurs conventions matrimoniales à la conclusion du mariage dans une période donnée, leur volonté devrait être respectée. Cette précaution aurait l'avantage, en renfermant la force obligatoire desdites conventions dans un laps de temps assez court, de supprimer tous les doutes sur leur valeur après l'écoulement de ce temps, mais en revanche aussi l'inconvénient de nécessiter la rédaction d'un nouveau contrat en cas de retard imprévu à la célébration du mariage. D'ailleurs elle n'est pas en usage : au moment où l'on signe habituellement le contrat de mariage, elle paraît superflue, parce que la célébration est imminente.

On a proposé (1) de mettre dans la loi une restriction de ce genre dans l'intérêt des tiers et pour déjouer les fraudes à craindre entre fiancés résultant de changements apportés à la consistance de leur fortune dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage : tout contrat précédant de plus d'un mois

1. G. Timbal, *Point de départ des effets du régime matrimonial*, Toulouse, 1901, p. 184.

la célébration serait considéré comme nul et non avenu.

Cette réforme, si elle était adoptée, aurait son contre-coup dans notre matière, comme celle qui sanctionnerait la loi de 1850 par la nullité complète du contrat de mariage. Après un mois de date, le contrat devrait être refait malgré l'intention contraire manifestée par les futurs, quitte à insérer dans le nouveau des clauses absolument identiques à celles du premier ; il resterait peu de place pour la caducité, car une rupture serait peu vraisemblable, et si dans ce délai les époux avaient entendu substituer le régime légal à leurs conventions, ils n'auraient pas manqué de s'en ménager une preuve.

Le délai, dira-t-on, est un peu court, mais il le faut pour qu'il soit efficace. Il expose en outre les parties à faire deux fois les frais de l'acte ; mais étant averties, elles ne traiteraient pas à la légère, pour avoir toute garantie, l'usage se ferait plus strict de ne signer le contrat anténuptial qu'au dernier moment, lorsque tous les autres points sont élucidés.

Le contrat de mariage n'est pas exposé à la prescription. — S'il n'y a pas de péremption, de durée spéciale assignée au contrat de mariage en tant qu'acte en attendant la célébration, encore moins faut-il songer à voir s'éteindre en vertu du droit commun de la prescription les obligations diverses qui découlent de ses clauses. Pour la bonne harmonie du ménage, le législateur a suspendu entre époux la prescription tant acquisitive que libératoire ; il a fallu pour cela

une disposition expresse (art. 2253). Avant le mariage il y a mieux, la prescription est impossible. En effet, elle n'est concevable que du jour où le droit existe ; or le contrat de mariage, tant qu'il est seul, n'est guère qu'un projet, et ne confère encore aucun droit. Le temps donné pour la prescription doit au contraire être un temps utile pour l'exercice de l'action, c'est ce qu'exprime l'article 2257 à propos des droits conditionnels ou suspendus par un terme : « La prescription ne court point, — A l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive ; —... A l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé. » Il en est de même pour le contrat de mariage, que ce soit un acte conditionnel, un acte à terme, ou un acte frappé d'une modalité innommée, car on ne peut s'en prévaloir avant le mariage.

Aussi ne nous expliquons-nous pas cette phrase d'un auteur (1) : « Si le mariage est célébré tardivement, il ne serait pas moins regrettable de considérer comme caduc un contrat de mariage que les époux croyaient toujours valable, que de soumettre les conjoints à des conventions matrimoniales qu'ils pensent tombées avec un projet de mariage longtemps abandonné, puis repris sur de nouvelles bases, *bien qu'il ne se soit pas encore écoulé trente ans* entre le contrat de mariage et la célébration de l'union. » L'idée est très exacte, mais ce délai de trente ans, qui

1. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville. *Tr. du Contr. de mariage*, I, n° 198.

est bien celui de la prescription, qui donc pense à l'appliquer ?

Intervalle entre le contrat de mariage et le mariage.

— Le contrat de mariage est donc imprescriptible avant la réalisation du mariage. Mais il faut pourtant découvrir une raison de décider s'il peut encore entrer en vigueur ou s'il a fait place à la communauté légale. On la trouvera à peu près infaillible dans les événements qui ont succédé à sa rédaction jusqu'au mariage ; c'est pourquoi nous ne nous sommes pas attaché outre mesure à réclamer des changements de législation qui, s'ils ne s'imposaient pas par ailleurs, ne créeraient ici une situation nette et tranchée qu'au prix d'inconvénients nouveaux.

Peu importe d'abord que nos deux fiancés soient longtemps restés à l'écart, au point que la rupture parût irrémédiable, si les événements permettent qu'ils reviennent ensuite l'un à l'autre. Sans doute, c'est un nouveau mariage qui a lieu, autre que celui pour lequel le contrat était fait, et tout a été remis en question après l'échec du premier projet ; mais le contrat ne se périt pas, et les parties, le retrouvant tout préparé, conservé à l'état latent, ont parfaitement le droit de vouloir l'utiliser.

Nous maintenons cette solution même à l'égard de fiancés dont l'un aurait entre temps été sur le point de se marier à une autre personne, encore bien que les choses fussent allées jusqu'à la signature d'un contrat. Mais elle devient peu probable si le mariage lui-même a suivi : c'est un événement trop grave

pour ne pas marquer, chez celui qui l'a contracté, un revirement complet, une résolution définitive de répudier ses intentions premières. Celui qui a vécu en mariage pendant plusieurs années, qui peut-être a maintenant des enfants, peut avoir, après cette expérience, des vues différentes sur les clauses à insérer dans son contrat ou sur l'opportunité même d'en faire un, son avoir a dû subir des modifications puisqu'il aura été associé plus ou moins à la fortune du ménage dissous dans ses vicissitudes ; aussi ne dit-on pas présumer que l'union a été arrêtée sur les bases anciennes (1).

Cela ne serait admissible que si une mention du contrat était inscrite dans l'acte de l'état civil. Mais en pareil cas, il y a plus de chances pour qu'une omission ait été commise, car elle résultera de la seule inadvertance de l'officier de l'état civil ; le notaire rédacteur, à supposer que le contrat ne soit pas antérieur à la loi de 1850, a bien pu renseigner les parties en leur donnant lecture des articles qui organisent la publicité, leur délivrer le certificat prescrit ; mais, quand un mariage s'est placé dans l'intervalle, cette lecture a pu laisser peu de traces, et le certificat s'est perdu. Quelle que soit la cause de l'omission, il y a là un ensemble de faits qui permet d'affirmer que le contrat ne peut plus être invoqué.

Restitution des frais du contrat. — Il y a encore d'autres indices. Nous verrons (2) que, tant que le

1. En ce sens Rodière et Pont. *Tr. du contr. de mariage*, I, n° 173.

2. V. *Effets de la caducité*, III^e partie, chap. III.

mariage n'est pas célébré et que certains délais ne sont pas expirés, les parties peuvent se faire restituer, quand elles les ont déjà acquittés, tout ou partie des frais du contrat, soit vis-à-vis du notaire, soit vis-à-vis de l'Administration de l'enregistrement. Quand la rupture du mariage aura été provoquée sans motifs plausibles par l'un des fiancés, l'autre sera en droit de se faire indemniser, directement par lui, peut-être du préjudice moral qu'il en ressent, mais sûrement des dépenses qu'il avait déjà engagées ; or parmi ces dépenses figureront les sommes payées ou dues comme honoraires du notaire ou comme droits d'enregistrement, sauf à celui qui est responsable à se faire rembourser par qui de droit.

Ce remboursement, que les parties ne manqueront pas de réclamer si les sommes en valent la peine, sera le meilleur critérium. Il a été nécessaire en effet, au moins pour les droits d'enregistrement, de fournir des justifications, de prendre expressément position pour ou contre le maintien du contrat, afin de récupérer les frais qu'on prétend avoir été payés indûment. Les actes qu'on doit produire à l'administration impliquent en principe l'abandon du contrat et la nécessité, pour le remettre en vigueur, d'une nouvelle manifestation de volonté dont elle aura connaissance.

Avec le notaire on procède plus simplement : c'est lui qui détient la minute du contrat et en délivre les expéditions ; il est donc toujours couvert quand il s'abstient de percevoir les frais ou restitue les som-

mes perçues : on ne peut, sans son concours, faire usage de l'acte, et si, l'ayant abandonné, on veut ensuite le reprendre, il exigera le versement du montant de ses honoraires et des droits d'enregistrement, avant d'en donner l'expédition (1).

§ 3. — *Jurisprudence.*

Nous compléterons ces notions en examinant les rares espèces que les tribunaux aient eu à trancher : elles sont relatives à des donations émanées de tiers, mais les motifs sont généralisés et concernent en partie l'ensemble du contrat de mariage.

Preuve de la rupture. — Le tribunal d'Angoulême (2) avait à statuer dans une affaire où les parents, donateurs par contrat de mariage, sommés respectueusement par leur fille de consentir à son mariage, l'avaient assignée, concurremment avec leur futur gendre, pour voir prononcer la nullité, — disons

1. La minute portera souvent en pratique, au moins une mention pour ordre qu'il n'a pas été donné suite au contrat, et cette mention ne disparaîtra que sous les mêmes conditions. La mention d'enregistrement reste intacte sur l'acte dont les droits ont été restitués, mais il ne peut sans danger être remis en circulation avant qu'ils n'aient été de nouveau acquittés, car l'administration aura toujours ses registres pour base de contrôle ; le notaire, qui est responsable des droits, aura soin de les payer

2. 27 juin 1884. *Gaz. Pal.*, 85. 1. *Suppl.* 9. — *Rev. not. et enr.*, 1884 n° 6995. On remarquera que la demande était intentée avant même la célébration du mariage, mais elle était intentée par les donateurs ; dans les rapports des époux entre eux, pareil conflit ne naîtra qu'après le mariage, car celui des futurs qui n'est pas satisfait des conventions matrimoniales, ou a des doutes sur leur valeur, peut très simplement refuser de se marier tant que les choses n'aient pas été mises au point.

pour voir constater la caducité, — au principal du contrat de mariage passé plus de deux ans auparavant, et subsidiairement, des donations qu'il contenait, offrant de prouver par témoins que, peu après la signature, le projet de mariage avait été rompu.

Il renvoya les demandeurs, en établissant longuement que la contrat de mariage était resté debout, d'après des considérants qui s'élèvent au-dessus du litige particulier.

L'existence ou la non-existence d'un contrat de mariage ne doit pas résulter des circonstances de fait toujours difficiles à apprécier ; rechercher celles qui ont précédé le mariage, ce serait révéler des affaires intimes, risquer de porter le trouble dans un ménage.

Le législateur n'a rien voulu laisser à l'imprévu quand il a fixé les règles de forme des contrats de mariage et édicté la loi de 1850. Ils ne peuvent être modifiés ou annulés que par des actes de même forme. La preuve testimoniale ou par présomption n'est pas admissible contre leur contenu, c'est l'opinion même des auteurs pour qui la rupture éclatante d'un contrat de mariage entraîne l'annulation définitive du contrat, et qui n'admettent comme fait prouvant à lui seul la rupture, que la dissolution d'un autre mariage contracté dans l'intervalle. En ne rendant pas le contrat de mariage inexistant par une résiliation à l'amiable ou en justice, les intéressés lui laissent « toute sa valeur latente ».

Au milieu de motifs surabondants, mais manquant de netteté, celui qui semble avoir été déterminant,

c'est l'insuffisance de la rupture pour rendre caduc le contrat de mariage et la nécessité d'un acte solennel pour le modifier ou l'annuler.

Si l'on tenait compte de la rupture, il faudrait fouiller les secrets de la famille et les circonstances qui ont précédé le mariage, c'est une raison assez pauvre, et qui pourrait entraver de nombreux procès. Mais on en donne une meilleure, c'est que la rupture invoquée ne provenait pas « des futurs époux ou de l'un d'eux, seules parties qui pouvaient la rendre irrévocable ».

Le jugement refuse ainsi la preuve testimoniale de la rupture, et décide que le contrat de mariage garde sa force jusqu'à ce que sa modification ou son annulation intervienne dans un acte de même forme. La question de caducité s'efface ainsi complètement devant la question de preuve des conventions matrimoniales, et pour cette preuve on doit combiner les exigences du Code civil et celles de la loi de 1850 par lesquelles le législateur « n'a rien voulu laisser à l'imprévu et à l'arbitraire » ; nous savons ce que vaut cette affirmation pour la loi de 1850.

Ce système, formaliste dans ses termes, répond cependant à ce qui se passe en pratique, puisque, sauf lorsqu'elle est consommée par la célébration d'un mariage intermédiaire, on n'a pas de preuve rigoureuse de la rupture elle-même et de sa gravité, mais plutôt de la résiliation du contrat, et que, malgré une rupture, les parties peuvent toujours, si le contrat n'a pas été résilié, s'y référer même tacitement.

Distinction du retard et de la rupture. — Quand le contrat a été résilié, si l'on ne veut purement et simplement le faire revivre par une déclaration en forme de contre-lettre, on en fera un nouveau qui, selon nous, annulera le précédent. Cependant, la Cour de Nîmes (1), toujours à propos d'une donation, n'a pas craint de sanctionner cumulativement deux contrats de mariage entre les mêmes époux. Un premier contenait notamment une donation faite par un tiers ; celui-ci refusant de l'exécuter, le projet avait été momentanément abandonné, mais les deux personnes se marièrent dans la suite après avoir fait un second contrat dans lequel il n'était pas question de la donation, puis ils demandèrent l'exécution de celle-ci.

La Cour leur donna gain de cause, si étonnant que cela puisse paraître. Mais ce n'est là qu'une solution d'espèce, faiblement motivée, visant surtout à conserver la donation dont l'auteur, après en avoir toujours refusé l'exécution, alléguait ensuite contre les époux, sous le nom de rupture, un simple retard à la célébration dont lui seul était cause.

Les faits étant antérieurs à la loi de 1850, aucune déclaration faite à l'état civil sur le contrat de mariage ne dictait la décision des juges. « ... l'acte du... (le second), dit l'arrêt et le silence qu'il garde sur les conventions préexistantes, ne sont pas suffisants pour qu'on puisse en induire que les parties ont nécessairement renoncé implicitement aux stipulations de

1. 15 avril 1850. S. 50. 2. 519 ; D. 52. 2. 115.

l'acte du... et surtout aux avantages qu'elles assumeraient aux deux futurs époux. »

C'est méconnaître les règles du Code civil sur les modifications aux contrats de mariage : entre les différentes parties de ce contrat, la loi veut garder une corrélation. Les changements sont nuls s'ils sont faits sans la présence et le consentement de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat, et les donateurs sont parmi ces parties. On discute si la sanction est la nullité de la contre-lettre ou la perte de la donation, mais les deux ne peuvent valoir à la fois. De même il faut choisir entre les deux contrats de mariage.

Peu importe que, comme le constate l'arrêt, les dispositions du second contrat « ne contiennent rien d'essentiellement abrogatoire ou révocatoire des premières » (on avait découvert en première instance qu'elles étaient « entièrement différentes » !) Si elles avaient été identiques, elles auraient été inutiles.

Le donateur en tout cas, était absent, et dès lors qu'on abandonnait le premier contrat, il cessait d'être obligé : le second était en effet plus qu'une contre-lettre, c'était un contrat de mariage nouveau qui emportait résiliation tacite du premier. Les futurs, dont le mariage n'avait subi « qu'un simple retard subordonné à l'appréciation des résultats possibles des difficultés soulevées », avaient mal procédé, malgré cette prudence, pour se réserver l'avantage de la donation.

La Cour néglige ces considérations, et, après avoir

nié la rupture, s'étend sur l'irrévocabilité de la donation, qui avait « opéré une saisine actuelle en faveur des donataires et des enfants à naître de leur union ». Elle oublie que le droit des donataires était lié à la conservation de leurs conventions matrimoniales.

Résumé. — En résumé, on s'explique que les tribunaux aient fort peu à intervenir pour déclarer la caducité d'un contrat de mariage ; elle est dominée par des questions de preuve qui la rendent souvent indifférente : les parties restent maîtresses de leur contrat, et des nécessités pratiques leur font accomplir des actes qui les privent du droit de l'invoquer, ou dénotent chez elles la volonté de lui réserver ses effets.

Le hasard voudra-t-il jamais que deux personnes, ayant dû renoncer à leur mariage après en avoir défini les bases pécuniaires devant un notaire qui leur a délivré un certificat et indiqué l'usage à en faire, reviennent à leurs anciennes amours après plusieurs années, quand peut-être l'une d'elles a eu le temps de devenir veuve ou divorcée sans avoir songé à résilier leur contrat, à se faire restituer ce qu'il leur a coûté, sans s'être demandé s'il a conservé sa valeur, sans faire lors de la célébration la déclaration exacte, ni produire leur certificat s'il y a lieu, et que par surcroît l'officier de l'état civil néglige de les interroger à ce sujet et de noter leurs réponses ?

CHAPITRE II

Effets du retard de la célébration du mariage ou des modifications du contrat de mariage sur les donations faites par des tiers aux futurs conjoints.

Vis-à-vis des tiers donateurs, les choses se présentent sous un tout autre aspect que lorsqu'on considère les conventions entre les époux. Là, rien à dire du cas où les préliminaires du mariage n'ont pas été dépassés : un contrat a été dressé en vain, mais comme chacune des parties peut toujours le faire modifier si elle épouse plus tard son ancien fiancé, elles ne courent aucun danger à en laisser les effets en suspens.

Ici au contraire, le principal intérêt se concentre sur le cas où le donateur, craignant de voir l'union ajournée indéfiniment sans avoir jamais la certitude d'être délié de ses obligations, tient à éclaircir sa situation, pour ne point rester sans limite à la discrétion des futurs époux, pour savoir si les biens donnés sont redevenus disponibles entre ses mains. Mais il a

en face de lui des personnes qui ont un intérêt contraire : elles n'ont pas perdu tout espoir de réconciliation, de réalisation du mariage, et ne veulent pas renoncer à la légère à une libéralité.

Cette attente étant préjudiciable au donateur, est-il encore maître de retirer ce qu'il a donné ? Faut-il que l'abandon du projet de mariage ou du contrat de mariage soit avéré, et cela suffit-il ? Peut-il enfin provoquer une décision de justice qui mettra un terme à son incertitude en fixant un délai raisonnable, passé lequel la donation sera considérée comme une offre périmée ?

SECTION I

Le donateur ne peut pas révoquer ad nutum sa libéralité jusqu'à la célébration du mariage.

Bien que la condition potestative soit exceptionnellement autorisée dans les donations par contrat de mariage, elle ne se présume pas, et doit y être formellement exprimée. D'ailleurs la faveur de la loi ne va pas jusqu'à admettre la condition purement potestative *si voluero*, qui est condamnée par les principes généraux, parce qu'elle empêche le lien de se former (art. 1174) : le tiers ne serait pas donateur si, se réservant son entière liberté, il pouvait à tout moment avant le mariage se dédire et révoquer la libéralité à son gré.

C'est une idée qui paraît incontestable. Elle a été

consacrée par la Cour de Paris (1) à l'égard d'ascendants qui après avoir consenti des donations au futur, avaient fait à son mariage une opposition reconnue non fondée et avaient déclaré révoquer les dispositions consenties par eux dans le contrat, parce que, faites en vue du mariage, elles n'étaient point encore devenues définitives.

Les mêmes prétentions étaient agitées dans une affaire où les plaideurs ne s'inclinèrent que devant un arrêt de la Cour suprême (2). Deux époux, dont la fille allait se marier, lui constituèrent en dot divers biens meubles et immeubles, et stipulèrent en échange une rente viagère ; puis, se prétendant trompés sur la réalité des apports du futur époux, ils retirèrent leur consentement au mariage, lequel fut célébré après actes respectueux, et malgré leur opposition, dont la justice avait donné mainlevée. Ils demandèrent alors la nullité de la donation faite par eux.

Leur prétention fut repoussée, pour le motif que cette donation, soumise aux règles générales, ne pouvait être révoquée que dans les cas déterminés par la loi et ne devenait caduque que si le mariage ne s'en-suivait pas. L'existence de vices du consentement, alléguée pour la première fois en Cassation, ne fut pas prise en considération ; si elle avait pu être recherchée, la décision était susceptible de changer, mais il n'y avait là rien de particulier à la donation

1. 4 mars 1864. *Rev. not. et enr.*, 1864, n° 1499.

2. Cass., 19-fév. 1875. S. 76. 1. 297 et note ; D. 76. 1. 177 et note

contractuelle faite par un tiers. La question est ainsi résolue comme elle devait l'être.

Le donateur avait invoqué aussi, mais trop tard, en Cassation, l'article 1131. En général, c'est un argument qui aurait quelque chance de succès, même en l'absence de vices du consentement, et qui peut-être lui permettrait d'échapper à cette situation contradictoire de favoriser de ses libéralités une union à laquelle il est hostile. La donation est sans cause ou sur une fausse cause puisque le mariage qui l'a déterminée a cessé d'être digne de son approbation.

Dans l'espèce, la prétendue cause avait fait défaut dès l'origine puisque c'est pour avoir été trompé sur la réalité des apports du futur époux que le donateur voulait faire annihiler sa donation : elle pouvait être déclarée en tous cas inexistante pour erreur sur la cause.

Quand cette erreur n'a pas été commise, c'est-à-dire quand la cause, existant au moment où a été faite la donation, a disparu depuis, celle-ci est valable et son auteur ne peut plus la faire annuler, c'est l'objection à laquelle se heurte ce système. Elle ne se résout que si l'on admet que la cause du contrat est future, ou, ici, que cette cause a été prise pour condition de la donation, celle-ci ne devant exister que si la condition est réalisée lors du mariage.

D'ailleurs, si le donateur soutenait d'une façon quelconque que la donation était subordonnée non seulement à la réalisation du mariage, suivant le droit

commun de l'article 1088, mais à sa réalisation dans certaines conditions, et notamment avec son assentiment, il devrait en faire la preuve.

Cette preuve résulterait d'une clause expresse insérée dans le contrat de mariage, par laquelle il se serait réservé le droit de révoquer sa libéralité jusqu'au jour de la célébration ; mais une pareille clause, en pratique, paraîtrait étrange, tant vis-à-vis de son enfant donataire en lui prêtant des idées d'irrévérence, que vis-à-vis de la famille avec laquelle il existerait un projet d'union, pour qui ce serait une marque de défiance, et l'on n'oserait pas la stipuler.

On peut concevoir des doutes sur sa validité. Il est vrai que la donation par contrat de mariage peut, d'après l'article 1086, être faite sous des conditions qui dépendent de la volonté du donateur, sous des conditions potestatives, pourvu qu'elles soient conçues de manière à ne pas empêcher la donation de se former. Aussi, a-t-on dit (1), si on ne peut donner en ajoutant « si je veux », il serait permis de s'exprimer ainsi : « Je vous donne, mais vous me rendrez si je veux », parce qu'alors la donation a existé et que le seul effet de cette condition est de la rendre révocable *ad nutum* ; la règle *Donner et retenir ne vaut* n'est pas là pour y faire obstacle (art. 947). Nous ne sommes pas convaincus par cette argumentation, car une telle restriction semble supprimer entièrement l'obligation.

1. Note sous l'arrêt dans Dalloz.

Sans doute le père, l'ascendant appelé à consentir au mariage, ne s'y refusera en général que pour des raisons supérieures inspirées de l'intérêt de l'enfant, et la révocation de la donation ne sera pas seulement laissée à son bon vouloir puisqu'elle sera l'accomplissement d'un devoir. Mais ce sont là des considérations d'ordre purement moral, et l'ascendant peut malgré tout refuser son assentiment au mariage sans rendre compte des motifs qui l'animent et qui ne sont pas nécessairement désintéressés (1).

L'agrément du mariage par le donateur n'est pas une charge imposée de plein droit. — Si la condition dont il s'agit ne peut être mise dans la donation en termes explicites, on ne peut pas *a fortiori* l'y sous-entendre. Cela a été pourtant soutenu, au moyen d'un argument très faible, dans le but de sauvegarder à tout prix les prérogatives de l'autorité paternelle et de la famille en général, et de ne pas la laisser désarmée en face d'un mariage contracté contre ses vues.

Quand l'article 1088 déclare caduques à défaut du mariage les donations faites en sa faveur, il n'a pas en vue seulement le fait matériel du mariage ; il ne fait que préciser pour un cas spécial l'application de l'ar-

1. Ce que nous disons pour le donateur qui est un ascendant dont le consentement doit être demandé ne souffre pas difficulté quand il est un tiers quelconque : il n'est aucunement engagé s'il peut retirer sa donation quand le projet de mariage n'aura plus son agrément. Il y a une nuance entre l'ascendant et les autres tiers : il est un peu partie, même au mariage, et on est tenté de dire que, de même, que les futurs époux qui peuvent toujours s'affranchir de leurs conventions matrimoniales en ne se mariant pas, il n'est obligé que s'il persiste dans son approbation du mariage,

ticle 953 qui consacre diverses exceptions à l'irrévocabilité des donations, notamment au cas d'inexécution des conditions, c'est-à-dire des charges. Il convient de se reporter au moment où le contrat de mariage a été signé, où la donation a été consentie pour chercher la pensée qui a présidé à la conclusion de ces actes.

Or ce qui détermine avant tout le père de famille, c'est que le mariage lui agrée, qu'il y trouve les garanties désirables ; on ne peut supposer qu'il entende conserver à la donation toute sa force même au cas où le mariage s'accomplirait en révolte ouverte contre son autorité de chef de famille. L'enfant donataire de son côté n'a pu figurer au contrat autrement que dans une pensée de respect et de soumission envers l'autorité paternelle.

Cette interprétation de l'article 1088 est tout à fait gratuite ; une pareille charge n'est nulle part imposée au donataire par contrat de mariage, et d'ailleurs, serait-ce bien une charge ? La donation deviendrait alors acte à titre onéreux jusqu'à concurrence de cette charge, et le donataire aurait, d'après la majorité des auteurs, non seulement le droit d'en demander la révocation en cas d'inexécution, mais celui d'exiger l'exécution à titre principal.

On regrette qu'avec notre système, le père de famille épuise en quelque sorte dans le contrat du mariage toute son autorité, et que la première adhésion donnée à ce qui n'est encore qu'un projet, lui enlève tout droit d'investigation, de réflexion, et par suite,

toute liberté quant au consentement à l'acte définitif. Mais il n'y a pas de corrélation nécessaire entre un consentement à mariage et une donation par contrat, ou plutôt, c'est à l'ascendant à l'observer s'il veut avoir toute sécurité : il sera garanti en ne faisant autant que possible aucune donation tant qu'il n'a pas donné au mariage un consentement irrévocable et à l'abri de tout changement de volonté, c'est-à-dire avant les approches de la célébration.

Ainsi, même avant la célébration, le donateur est engagé irrévocablement, et ne peut attaquer sa libéralité que comme tout autre acte, et dans les termes du droit commun (1). Pour la même raison, cette libéralité subsistera même malgré l'incapacité de donner survenue chez lui postérieurement, même malgré son décès. La donation est déjà de sa part plus qu'une pollicitation ; si on peut la comparer à une offre, cette offre à besoin d'une double acceptation : l'une implicite ou expresse, dans le contrat de mariage (2), l'autre résultant de la célébration du mariage ; quand a eu lieu l'acceptation au premier degré, le donateur ne peut plus se rétracter, cette offre est définitive et ne dépend plus des changements ultérieurs de sa capacité ; c'est une obligation qui grève son patrimoine et le suivra entre les mains de ses héritiers ; seul désormais le donataire peut

1. Demolombe, *Don. et test.* XXIII, n° 253. — Baudry-Lacantinerie et Colin, *Don. et test.*, 2^e éd., II, n°s 3850-3851.

2. A moins que la dispense contenue dans l'article 1087 ne concerne l'acceptation elle-même : V. Planiol, 2^e éd., III, n° 3146.

faire qu'elle s'exécute ou ne s'exécute pas. C'est la situation qui se présente pour toute obligation affectée d'une condition dans la réalisation de laquelle intervient la volonté du créancier.

SECTION II

Influence de la rupture du mariage et de la résiliation ou modification du contrat sur l'obligation du donateur,

Le donateur s'étant lié sans retour, il faut préciser l'étendue de son engagement, et rechercher s'il ne pourra se considérer comme libéré à la suite de certains événements. En considérant l'influence de la rupture du mariage et de la résiliation ou modification du contrat sur l'obligation du donateur, comme pour le contrat de mariage, nous ne traiterons pas seulement de la caducité mais aussi des renonciations à la donation, qui seront souvent implicites : elle ne sont parfois que la confirmation de la caducité, et de toute façon, détruisent le droit des gratifiés.

Notre principe, théoriquement, sera le même que celui que nous avons posé pour le contrat de mariage : l'acte juridique, la donation, est ruiné dès qu'il se produit une rupture sérieuse du mariage. Mais au contraire l'acte instrument de preuve, qui subsiste « à l'état latent » au profit des futurs, n'a plus la même vertu relativement aux donations. Outre leur inten-

tion, il faut considérer celle du donateur ; or, passé le temps pendant lequel celui-ci devait être tenu, il faudra de sa part une nouvelle libéralité, ou au moins un acquiescement implicite, tandis que, pour faire revivre leurs conventions matrimoniales, les deux contractants peuvent simplement se marier. Enfin, sans qu'on sache s'il y a ou non rupture, la donation pourra être détruite par une résiliation du contrat de mariage, par la rédaction d'un nouveau contrat, et peut-être par la rédaction d'une contrelettre hors la présence du donateur. Mais il est évident que toujours le donateur pourra exécuter bénévolement la donation, même quand une rupture l'aurait rendue caduque ou qu'il aurait pu invoquer certains actes des époux comme une renonciation.

§ 1. — *Rupture du mariage.*

La donation faite en faveur d'un mariage, sans stipulation spéciale, devient caduque dès que celui-ci est l'objet d'une rupture durable. Si plus tard, le mariage se produisant néanmoins, les époux réclament l'exécution de la donation au tiers, celui-ci, qui n'a pas été mêlé aux négociations, rencontrera, nous l'avons vu, des difficultés pour prouver la rupture dans le passé. Mais s'il en a connaissance au moment où elle a lieu, il peut agir en conséquence.

La rupture d'abord ne résultera que de circonstances très claires indiquant chez les futurs un abandon complet de leur résolution ; elle ne découlera donc

pas d'une discorde passagère ; parfois les relations se ralentissent, il faut un certain temps pour aplanir les difficultés pour donner à chacun le loisir de réfléchir, de mesurer le terme des concessions possibles, les pourparlers sont interrompus sans qu'on désespère de parvenir à un accommodement. Il ne faut pas que de cet état de choses le donateur profite pour se dérober et prétendre qu'il est redevenu libre.

Mais la rupture sera très probable s'il y a eu séparation revêtue d'une certaine publicité, accompagnée par exemple de la restitution des lettres et des cadeaux, ou amenée par des actes graves de l'un des fiancés, si la future est entrée dans un monastère (1), si elle a poursuivi son mari en justice pour propos diffamatoires, s'il est reconnu que celui-ci a demandé une autre femme en mariage, si on a résilié le contrat de mariage en constatant qu'une brouille grave l'a rendu inutile ; en somme elle sera constituée par une réunion de circonstances qu'il est malaisé d'imaginer à l'avance, et que le juge aura à interpréter.

Rupture constatée dans l'acte de résiliation du contrat. — La caducité du contrat de mariage, et, par suite, des donations, est hors de doute lorsque l'acte de résiliation passé entre les époux constate qu'il est la suite de la rupture du mariage lui-même. Le fait s'est présenté devant la Cour de cassation (2).

1. Cet exemple est donné par Bellot des Minières. *Régime dotal et Communauté d'acquêts*, 1, n° 132.

2. Agen, 20 juillet 1841. et Cass., 30 janvier 1843. S. 43.1.435. D. 43.1.159.

Deux jeunes gens, cousins entre eux, avaient fait en vue de leur mariage un contrat dans lequel ils avaient reçu, entre autres, d'un oncle la donation de tous ses biens présents. Deux mois après, ils résiliaient ce même contrat, la jeune fille, représentée aux termes d'une procuration où elle déclarait qu'elle n'était plus dans l'intention de contracter le mariage convenu. Plusieurs membres de la famille étaient présents, et la jeune fille avait restitué une somme de 4.000 francs reçue en vertu du contrat. Dans un acte passé seulement près de deux ans plus tard, l'oncle déclarait adhérer à la résiliation du contrat, nous ignorons dans quels termes.

Mais les jeunes gens ne tardaient pas à se rapprocher et à faire célébrer leur union après avoir, dans un contrat auquel leur oncle n'assistait pas, reproduit les clauses du premier et spécialement les donations, et déclaré qu'ils entendaient faire revivre leur contrat primitif. A la mort de cet oncle, ils réclamèrent à ses héritiers la remise des biens à eux donnés par le contrat de mariage.

La Cour d'Agen, par arrêt confirmatif, prononça que les donations avaient été détruites irrévocablement par l'acte de résiliation bien qu'il fût passé en dehors du donateur ; ce dernier avait bien adhéré ultérieurement à cet acte, mais la Cour paraît n'en pas tenir compte. Les motifs sont embrouillés, mais il en est à retenir.

Les contrats de mariage n'ont et ne peuvent avoir d'effet que par la célébration du mariage qui est en

vue. Les futurs époux sont les seules parties principales au contrat, les autres n'y intervenant qu'accessoirement ; aux seuls futurs époux appartient exclusivement le droit de l'anéantir ou de le réaliser. Les autres parties contractantes sont irrévocablement liées jusqu'à ce qu'il plaise aux parties principales d'anéantir cet acte ou que, par un événement quelconque, la célébration soit devenue impossible ; ainsi, dès que les parties principales ont déclaré que le contrat était résolu ou qu'il cessait d'exister, toutes les obligations accessoires ont subi le même sort.

Ceci était vrai, parce que le contrat avait « cessé d'exister », mais lorsqu'il a été résolu ou résilié, les obligations des tiers, que l'arrêt qualifie d'obligations accessoires, ne sont pas de plein droit éteintes, la résiliation n'étant entre les époux, jusqu'au mariage, qu'un projet tant que les tiers n'y concourent pas. L'arrêt cite, assez mal à propos, l'article 1396 et, plus loin seulement, déclare que les futurs époux, par leur résiliation, ne peuvent que dégager tous les donateurs à la fois ; il aurait pu dire que, ayant délié certains d'entre eux de leurs obligations, ils s'étaient interdit de revenir de leur seule volonté à leur premier contrat, de manière à faire revivre les autres donations qu'il renfermait.

Mais la raison qui devait dominer, c'était la rupture du mariage, et la Cour de cassation, rejetant le pourvoi, en fait mention formellement : « Attendu, en fait, que les demandeurs en cassation... avaient

expressément renoncé au mariage convenu... ainsi qu'aux conventions qui s'y rattachent. »

Elle remarque ensuite que l'oncle donateur avait « adhéré auxdites renonciation et résiliation. » Cette adhésion ne pouvait rien ajouter à la caducité de la donation; elle prouvait seulement que le donateur avait connu la rupture, et, si les futurs y avaient assisté, ce que nous ignorons, elle constituait de leur part une renonciation.

Rupture doublée d'une renonciation du donataire.

— Que le donateur ait vendu au donataire ou à son futur conjoint partie des biens compris dans la donation pendant l'intervalle du contrat au mariage, cela peut avoir anéanti la donation dans cette mesure, puisque les biens sont transférés à un autre titre, mais cela n'implique pas nécessairement la renonciation à la donation entière ou sa caducité, s'il n'y a d'autres faits pour la démontrer.

Si la vente a eu lieu après la célébration du mariage, elle aura à peu près la même signification, mais semblera plutôt favorable à la caducité ou à la renonciation atteignant toute la donation; les tiers songeront à l'invoquer pour exercer leurs droits du chef du donateur sur les biens compris dans la donation autres que ceux vendus.

Le cas s'est présenté en jurisprudence (1), et a été résolu dans le sens que nous indiquons. Deux époux avaient fait donation à leur fille dans son contrat de

1. Cass. Req. 9 avril 1822. *Rép. D.* V^o Disp. entre vifs et test. n^o 1957.

mariage sous certaines charges, de tous leurs immeubles. Le mariage s'était fait attendre deux ans, et, après sa célébration, le père avait vendu à son gendre partie des immeubles. Après sa mort et celle de sa femme, un de leurs créanciers avait saisi et fait vendre les immeubles restants.

L'adjudication fut validée en première instance, puis par la Cour de Lyon, contre les prétentions de la donataire soutenant que les biens vendus faisaient partie de ceux contenus dans la donation de son contrat de mariage, par le motif que le donateur avait vendu postérieurement partie des immeubles de la donation, et que, d'après les circonstances de la cause, le projet de mariage avait été abandonné et la donation regardée comme non avenue ; cette dernière considération a un grand poids.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi où il était articulé que la renonciation devait résulter non des faits, mais d'un acte signé de toutes les parties qui avaient figuré dans le contrat de mariage. La Cour de Lyon n'avait contrevenu à aucune loi en déclarant la donation caduque, s'il ressortait à ses yeux que le mariage, célébré à deux ans d'intervalle du contrat de mariage, ne l'avait été « que par suite d'un nouveau projet ».

Nous approuvons cette décision pour la manière dont elle justifie la caducité sans étendre inutilement son système au contrat de mariage. On peut l'opposer au jugement du tribunal d'Angoulême (1)

1. 27 juin 1884. *Gaz. Pal.*, 85. 1. *Suppl.* 9.

dont nous avons étudié les motifs avec la caducité du contrat de mariage, et dans lequel la caducité semble totalement disparaître devant la nécessité d'une preuve par acte authentique de toute modification aux conventions matrimoniales.

La Cour de Lyon déclare que, d'après les circonstances de la cause, le projet de mariage avait été abandonné. D'une façon générale, la preuve testimoniale serait recevable, car ce qui est à démontrer, c'est un simple fait, la rupture de fiançailles qui n'ont rien d'obligatoire, et non une renonciation portant au principal sur la donation.

Rupture n'entraînant pas la caducité. — Mais le donateur ne pourrait pas se dégager en prouvant une rupture qu'il a provoquée lui-même, ou un retard occasionné par lui, d'où il prétendrait induire soit la caducité, soit la renonciation par les époux. Certaines décisions, qui semblent méconnaître l'effet de la rupture sur les conventions matrimoniales, pourraient s'expliquer par cette circonstance(1).

L'article 1088, on le voit, ne doit pas être pris dans son sens littéral, d'après lequel la donation ne tiendrait qu'à une chose : le mariage s'ensuit-il oui ou non ? Si cette donation est conditionnelle, la condition n'est défaillée, aux termes de l'article 1176, que

1. Nous les avons déjà rencontrées : Trib. Angoulême, 27 juin 1884 (*Gaz. Pal.*, 25. 1. *Suppl.*, 9), où le donateur, ayant à consentir au mariage avait opposé un refus auquel il fut passé outre, et Nîmes, 15 avril 1850 (*S.* 50. 2. 519), où le donateur avait retardé le mariage en n'exécutant pas sa donation.

lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas ; le donateur pourrait ainsi demeurer lié très longtemps. Mais l'article 1175, considérant l'intention des parties, contredit cette interprétation stricte : « Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. » On donne au futur parce qu'il veut se marier avec telle personne ; mais s'il rompt et retire sa promesse, tout est fini, et le donateur aussi est libéré de son engagement.

Il n'y aura pas à se tromper lorsque le gratifié épouse une personne autre que celle avec qui avait été fait le contrat de mariage : la libéralité a épuisé tout son effet, et si, redevenu libre, il épouse ensuite la première, il ne pourra prétendre avoir conservé ses droits. D'ailleurs le donateur a dû être sollicité de se montrer aussi généreux à l'occasion du mariage qui est le premier en date ; s'il n'y a pas consenti, son protégé ne peut plus rien lui réclamer. La preuve de la rupture ne peut pas être plus complète.

Mais si aucun mariage ne se place entre la rédaction du contrat de mariage et la célébration du mariage après une interruption des pourparlers, le donateur pourra rester tenu : il le sera si, connaissant l'état des choses, il n'a pas repris dans les délais raisonnables les biens dont il s'était dessaisi, si, ayant occasion d'aliéner les biens donnés, il ne l'a pas fait, les estimant indisponibles, si, en un mot, la donation n'avait cessé de valoir dans son esprit pour un mariage toujours possible ; ces indices manqueront pour

les donations de biens à venir. En outre le donateur a peut-être ignoré la rupture et c'est pour lui comme si elle n'avait pas eu lieu : après le mariage, s'il l'apprend, il sera trop tard pour l'alléguer : ici encore le droit est dominé par la preuve.

Nous avons supposé, jusqu'à présent, que la donation avait été faite en vue d'une union déterminée, c'est le cas de beaucoup le plus fréquent, car celui qui fait la libéralité veut savoir qui en profitera comme conjoint, et dans quelles conditions, sous les règles de quel régime matrimonial. Le contraire peut se produire, et le don être consenti dans un but plus vague, ou pour favoriser l'union du gratifié avec une certaine personne, dont l'individualité seule importe, ou même, pour aider d'une façon générale à son établissement par mariage.

Cette intention devra être respectée si la donation satisfait aux règles de forme voulues pour une donation indépendante. Du reste, il convient de généraliser la question, pour voir aussi ce qu'il adviendra d'une donation contenue dans un contrat de mariage lorsque, en vue du même mariage et entre les mêmes personnes, il a été signé ensuite un second contrat ou une contre-lettre, et que son auteur n'y a pas figuré.

§ 2. — *Modification ou remplacement du contrat de mariage.*

Donations contenues dans un contrat de mariage

inefficace. — Les fiancés, sans renoncer au mariage, ont annulé leur contrat, ou en ont fait un nouveau : si le mariage s'ensuit, le premier restera sans effet. La donation qui y est contenue pourrait bien théoriquement se suffire à elle-même, conserver sa valeur intrinsèque si elle réunit toutes les conditions voulues : malgré la dispense de l'article 1087, la mention de l'acceptation fera rarement défaut, les notaires ont l'habitude de la rappeler dans les contrats de mariage. Mais la donation péchera presque toujours parce qu'on n'aura pas appelé un second notaire, comme le voudraient les lois du 25 ventôse an XI (art. 9) et du 21 juin 1843 (art. 2), et, même conforme à ces prescriptions, elle ne pourra se soutenir que si elle porte sur des biens présents, les donations de biens à venir étant prohibées en dehors du contrat de mariage.

Cependant on pourrait citer des décisions de jurisprudence qui ont validé les donations seules dans un contrat de mariage irrégulier. Suivant un usage qui longtemps demeura tenace dans les contrées du Midi, il était consenti par les père et mère en l'absence des futurs époux ou de l'un d'eux, la femme le plus souvent ; il était donc nul, et ne pouvait passer pour ratifié, du seul fait de la célébration du mariage, par l'époux non présent, qui l'ignorait peut-être.

Quant aux donations qu'il renfermait, les tribunaux s'efforçaient de les maintenir dans l'intérêt des conjoints, comme contrats séparés. L'acceptation expresse était difficile à suppléer, et cependant la

Cour de Nîmes (1), à côté d'autres motifs, a pensé que « la donation a été suffisamment acceptée pour la femme par le mari, son procureur général, ayant le pouvoir d'accepter les donations qui pourraient lui être faites ». L'argument est mauvais, car ce mandat, qui n'existe pas de plein droit après le mariage, est moins probable encore avant sa célébration.

Plus justement, on a sanctionné ces donations quand les sommes qui en faisaient l'objet avaient été effectivement versées, en les considérant comme dons manuels, indépendants du contrat de mariage nul (2) : un don manuel peut exister en l'absence de tout écrit et il est suffisamment prouvé par un acte sous seing privé.

Aussi bien il ne serait pas possible, dans l'hypothèse qui nous intéresse, de s'inspirer de cette jurisprudence ; elle était toute de circonstance, destinée à remédier à un usage irrégulier, d'ailleurs aujourd'hui disparu, depuis que la Cour de cassation a prononcé à plusieurs reprises la nullité des contrats passés entre parents sans le concours de leurs enfants sous le nom de contrats de fiançailles (3).

Même si la donation a été exécutée, nous ne pouvons admettre qu'elle soit devenue un don manuel

1. 30 août 1854. D. 56. 2. 107.

2. Même arrêt. — Toulouse, 5 mars 1852 et Pau 1^{er} mars 1853. D. 53 2. 122 et suiv.

3. Cass., 11 juill. 1853. 5. 54. 1. 49. — 6 avril 1858. S. 59. 1. 117 10 avril 1866. S. 66. 1. 190.

pur et simple, irrévocable dès que la remise des choses données a eu lieu. Elle sera inattaquable de la part du donateur si le mariage s'est réalisé avant qu'aucune rupture n'ait eu lieu ou encore si elle n'était pas solidaire du contrat de mariage ; mais le contraire s'induirait facilement de ce qu'elle figure dans le même acte. Et alors, sans ériger en thèse générale l'indivisibilité des donations et du contrat de mariage au regard du donateur, ne risque-t-on pas de dénaturer l'intention du donateur si la donation doit subsister sous le nouveau contrat ?

La jurisprudence avait une question analogue à résoudre pour la donation maintenue en dépit de l'annulation du contrat de mariage : suivant le cas, elle soumettait les biens donnés au régime dotal stipulé dans le contrat (1), ou à la communauté légale qui le remplaçait (2).

Modification du contrat en l'absence du donateur.

— Mais des dispositions formelles de la loi nous rendent inutile cette recherche d'intention. L'article 1396, alinéa 2, requiert, pour la validité des changements apportés au contrat de mariage, la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui y ont été parties, et cela comprend notamment toutes celles, parentes ou étrangères, qui y

1. Toulouse, 3^e ch. 5 mars 1852, D. 53. 2. 122. — Nîmes, 30 août 1854 D. 56. 2. 107.

2. Grenoble, 7 juin 1851. — Toulouse, 1^{er} ch., 20 juil. 1852. — Pau, 1^{er} mars 1853, D. 53. 2. 122 et suiv.

ont fait des donations aux futurs ou à l'un d'eux, de même que celles qui s'y sont engagées à titre de caution au paiement de la dot promise, ou qui ont concédé une hypothèque sur leurs biens pour en assurer le paiement ; elle ne figurent pas seulement *honoris causa*, mais sont de vrais contractants.

Si les futurs époux désirent modifier leurs conventions matrimoniales, ils doivent donc obtenir la participation de leur bienfaiteur, mais une résistance de sa part est à prévoir. Ils doivent opter alors entre la convention qui leur plaît et la donation, car on ne peut admettre que le donateur rende le contrat de mariage immuable. S'ils tiennent au changement, il leur faudra faire un nouveau contrat, car la contre-lettre, étant nulle, laisse intact le premier avec la donation. C'est l'opinion de Laurent, Aubry et Rau, Rodière et Pont et Marcadé ; elle a aussi pour elle un arrêt de la Cour de Montpellier (1).

D'autres auteurs, Rodière et Pont, Colmet de Santerre, Guillouard (2), préfèrent valider le changement en faisant tomber la donation. Le contrat aurait pu être fait sans le donateur, le changement doit pouvoir s'opérer de la même manière. « L'intervention d'un donateur dans un contrat de mariage, dit Guillouard, ne peut avoir d'influence sur le contrat tout entier, et produire ce résultat que le contrat serait

1. Laurent, XXI, n° 29. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, p. 261. — Marcadé sur l'art. 1396, n° 5. — Rodière et Pont, I, no 143. — Montpellier, 8 fév. 1869. S. 69. 2. 49.

2. Colmet de Santerre, VI, no 12 *bis*, III ; Guillouard I, n° 265.

maintenu, malgré la volonté des époux de le modifier. Un pareil résultat est inacceptable *a priori* : si le contrat est modifié malgré la volonté du donateur, on ne pourra pas réclamer la donation qu'il a faite... l'article 1396 ne semble contredire en rien cette solution : le changement fait arrière du donateur ne sera pas valable, c'est-à-dire qu'il ne sera pas valable quant à la donation par lui faite... La même solution devrait être adoptée si le donateur décédait, ou devenait incapable de consentir : la contre-lettre serait valable, mais la donation contenue dans le contrat primitif nulle. » Ce système a été consacré par un jugement du tribunal de Ribérac (1).

A notre avis, il n'y a aucune raison de fond pour sacrifier plutôt la contre-lettre que la donation, et leur importance respective pourrait indiquer si les parties ont voulu préférer l'une à l'autre. On pourrait encore faire prévaloir la contre-lettre, si l'auteur de la libéralité, étant seul donataire, avait, du consentement des futurs, déclaré se tenir désormais pour étranger au contrat, ou s'il le leur avait notifié sans provoquer de leur part aucune protestation.

L'état du donateur est susceptible de varier dans la période qui suit la donation : il peut mourir, devenir incapable de consentir ; comment les futurs époux devront-ils s'y prendre pour constater leurs conventions nouvelles ?

Laurent (2) estime que si le donateur vient à mou-

1. 2 déc. 1891, *Gaz. Pal.*, 92. 1. *Suppl.* 6.

2. *Laurent*, XXI, n° 100.

rir, ses héritiers pourront consentir pour lui : « Nous promettons, dit-il, et nous stipulons pour nous et pour nos héritiers ; tous nos droits peuvent être exercés par ceux qui nous représentent, à moins qu'ils ne soient exclusivement attachés à la personne ; or il s'agit, dans l'espèce, d'intérêts pécuniaires qui n'engendrent point des droits purement personnels. » Mais, d'après le même auteur, si l'une des parties était interdite, elle n'aurait pas capacité pour consentir, et le changement serait impossible, car le tuteur n'a pas qualité pour faire une donation ni pour la confirmer. Si elle était pourvue d'un conseil judiciaire, celui-ci devrait de même lui prêter son assistance pour consentir au changement.

En permettant aux héritiers, après le décès du donateur, de concourir à sa place aux modifications, on facilite la réalisation de celles-ci, mais il est faux qu'en cela ils exercent un droit purement pécuniaire : la donation procède de sentiments d'affection, de reconnaissance, qui sont personnels à son auteur ; ses ayants-droit n'ont pas les mêmes motifs de favoriser l'union, et peuvent espérer, si le changement a lieu sans leur concours, que les biens donnés, perdus pour les époux, leur feront retour ; quand ils souscriront au changement, ce sera par acquit de conscience pour respecter les intentions de leur auteur, il y aura de leur part un consentement nouveau à la donation, car s'ils continuent le patrimoine du défunt, ils ne perpétuent pas en principe sa volonté.

La règle de l'article 1396 alinéa 2, de quelque ma-

nière qu'on l'interprète, ne semble s'appliquer à l'égard du donateur que quand sa libéralité est portée au contrat de mariage : si elle est faite par acte séparé, elle en est indépendante et se rattache uniquement au mariage qui l'a provoquée, qui en a été la condition tacite ou expresse.

Cependant la Cour de Montpellier (1) a annulé sur le fondement de cet article une contre-lettre parce que l'oncle de la future, donateur en dehors du contrat de mariage, l'avait signée non pas en tant que partie, mais *honoris causa*.

Rédaction d'un nouveau contrat en l'absence du donateur. — Au lieu de faire une contre-lettre, les époux peuvent refondre entièrement leur contrat de mariage ; mais ici encore ils doivent s'assurer la comparution du donateur à l'acte pour conserver la libéralité. Si ce dernier y a figuré, c'est apparemment pour confirmer ou renouveler cette libéralité.

Mais s'il n'a pas été invité à y prendre part ou s'y est refusé, les fiancés ont implicitement renoncé à recueillir la donation, ils ne peuvent la réclamer au tiers que si le mariage se fait sur les bases anciennes. Il faut toutefois qu'ils aient persévéré dans leurs stipulations nouvelles jusqu'à la célébration du mariage, mais cela suffit : aussi avons-nous critiqué en son temps un arrêt de la Cour de Nîmes (2) qui donne effet concurremment à deux contrats de mariage, con-

1. 8 fév. 1869. S. 69. 2. 49.

2. 15 avril 1850. S. 50. 2. 519.

tenant, le second en date, des conventions matrimoniales entre les époux, et le premier également des conventions matrimoniales différentes en certains points, mais aussi et surtout une donation consentie par un tiers qui ne figurait plus au second.

Si au contraire les époux se sont de nouveau rétracés avant de se marier, si, revenant à leur premier contrat, ils résilient à son tour l'acte qui le modifiait ou le remplaçait, cet acte reste pour le donateur *res inter alios acta*, il n'était qu'un projet entre époux, et le premier reprend toute sa vigueur. Nous supposons naturellement que le donateur n'était pas intervenu à la résiliation, au contrat nouveau, car dans ce cas le premier ne l'obligerait plus, les époux seraient censés avoir renoncé à ses avantages.

Les futurs ne peuvent pas osciller indéfiniment entre leurs deux contrats, et le donateur doit pouvoir sortir d'incertitude quand il a connaissance du plus récent ; sa situation est la même que lorsque le donataire tarde à se marier pour profiter de la donation : elle sera examinée en même temps.

SECTION III

Droit du donateur en cas de rupture ou de retard à procéder au mariage.

Dans les donations en faveur de mariage, faites soit dans le contrat, soit extérieurement, le donateur prend rarement la précaution d'assigner une durée

fixe à son obligation en spécifiant que les futurs époux ne pourront s'en prévaloir que si leur union a lieu au cours de cette période, et l'on se demande s'il reste toujours à leur discrétion. Doit-il attendre patiemment qu'ils se décident à contracter mariage ou en arrivent à une rupture complète ? Ou peut-il provoquer chez les fiancés une réponse qui mettra un terme à son indécision ?

Cette indécision peut cesser lorsque le donateur a connaissance d'une rupture : il demande aux futurs la restitution des biens dont il s'était dessaisi, et s'adresse s'il le faut aux tribunaux ; ou, si les biens étaient restés en sa possession, il notifie aux futurs, pour éviter plus tard toute contestation sur le fait de la rupture, qu'en présence de la situation, dont il peut articuler les faits essentiels, il juge dès maintenant son rôle terminé, ou se tiendra pour délié si le mariage ne s'effectue dans un certain délai ; puis il attend l'accueil réservé par les donataires à cette notification.

Ils peuvent lui en donner acte, ce qui le décharge entièrement, y contredire, ou garder le silence. S'ils nient la rupture, ils donneront les raisons, que le donateur appréciera à ses risques, mais pourra-t-il en faire juger le bien fondé ? S'ils gardent le silence, la notification ne constituera pas la rupture, que le donateur est impuissant à faire arriver, mais elle l'aidera, si le mariage se fait néanmoins plus tard, à repousser la demande en exécution de la donation, en montrant le mauvais vouloir des futurs. Pourra-t-il dès mainte-

nant les assigner en justice pour faire déduire les conséquences de leur attitude ?

Résoudre ces questions affirmativement, c'est reconnaître qu'on peut intenter une action pour nier le droit d'un créancier avant qu'il ait déclaré vouloir en user, ou pour le forcer à l'exercer ou à indiquer comment il en usera. Il se pose une question pareille, plus douteuse encore, si le donateur ne peut même pas s'appuyer sur une rupture, et allègue seulement la lenteur des bénéficiaires à se décider.

§ 1. — *Abus de droit.*

Si l'on a longtemps répété que celui qui use de son droit ne fait tort à personne, les jurisconsultes tendent de plus en plus à affirmer que les droits les mieux assis ne sont pas absolus et sont susceptibles d'abus, que le droit réprouve (1). Or conserver un droit, une faculté qui est pour un tiers une menace permanente, sans laisser prévoir s'il s'exercera et quand il s'exercera, n'est-ce pas dépasser les limites permises, et nuire indûment à autrui ? Et, dans le cas surtout où il n'y a pas apparence de rupture, les donataires n'abusent-ils pas de leur droit en laissant le donateur dans une attente préjudiciable ?

On pourrait le soutenir, mais il n'y aurait à en tirer aucune conséquence intéressante. L'abus du

1. L. Josserand, *De l'abus des droits* (1905), et les autorités cités dans cet ouvrage.

droit ne semble pas être considéré comme une cause de déchéance de ce droit, elle donne lieu seulement à la réparation du préjudice occasionné. Or, ici le donateur se sera cru pendant un certain temps hors d'état de disposer de ses biens : il se sera abstenu peut-être de doter quelque autre de ses parents ou amis, de fonder ou de soutenir une œuvre charitable ou philanthropique, ou encore il n'aura pas pu, dans l'intérêt de la bonne gestion de sa fortune, profiter d'une occasion passagère, d'une offre avantageuse.

Mais le dommage n'est qu'éventuel tant qu'on ne sait si le mariage se fera. Quand ce dommage sera consommé, on pourra seulement en ordonner la réparation. Ce qu'il faudrait, c'est en supprimer la possibilité en détruisant l'obligation du donateur : plus qu'un dommage actuel, difficile à prouver, il subit une gêne, une contrainte, à laquelle il cherche à se soustraire.

Enfin, la théorie même de l'abus des droits est loin encore d'être admise unanimement, ses adeptes ne sont pas d'accord sur ses conditions d'application ; on ne semble pas notamment y avoir envisagé les conséquences de l'exercice abusif de l'option attachée à un droit ou à une faculté. Il est donc très délicat de l'invoquer ici.

§ 2. — *Action tendant à faire impartir un délai
à peine de déchéance.*

La déchéance du donataire pourrait-elle être obtenue par un autre procédé ? La donation en faveur de

mariage, disent certains auteurs (1), étant conditionnelle, l'article 1175 servira à la résoudre : « Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. » Il y a donc lieu à interprétation : le donateur a dû limiter implicitement son engagement au temps qui est nécessaire d'habitude pour passer du projet à l'exécution ; si les futurs époux ne s'en contentent pas, ils font défaillir la condition, et son obligation est éteinte.

Le raisonnement est logique, mais trop vague et élastique dans l'application. Il ajoute un cas de caducité à celui qui résulte de la rupture du mariage, car l'action qui appartient alors au donateur doit tendre non pas à faire ordonner aux donataires de se marier dans un temps donné sous peine d'avoir à renoncer à la libéralité, mais à en faire constater la caducité.

Toutefois, cette constatation est abandonnée aux tribunaux avec un pouvoir d'appréciation absolu, car il n'y a pas de règle précise pour déterminer le temps normal que peuvent durer des fiançailles. Ils devront donc rechercher dans quel esprit chaque donation a été consentie, si les obstacles qui ont surgi dans la suite avaient pu être connus d'avance par le donateur. Et même, comme les donataires seront appelés à faire valoir leurs défenses, les tribunaux seront amenés forcément à considérer non seulement l'intention

1. Rodière et Pont, *Tr. du contrat de mariage*, I, n° 155. — Bonnet, *Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux* (1874), II, n° 666. — Guillaud, *Traité du contrat de mariage*, I, n° 277.

des parties au moment de la signature du contrat, mais encore les événements ultérieurs qui ont pu ajourner la célébration du mariage.

Parti de l'article 1175, on arrive ainsi, comme Rodière et Pont, à donner aux tribunaux un pouvoir bien plus étendu que celui de reconnaître la caducité dérivant de la loi : « Le donateur, disent ces auteurs, aurait sans nul doute le droit de citer les futurs époux en justice pour voir dire que, faute par eux de célébrer leur mariage dans le délai qui leur serait fixé, la donation serait déclarée caduque » (1). C'est ce que dit également Bellot des Minières : le tiers donateur « pourra mettre les futurs époux en demeure d'accomplir le mariage. Mieux serait de les assigner et de faire fixer par la justice le temps passé lequel il sera dégagé de son obligation (2). »

L'action intentée en ces termes serait-elle admissible ? C'est une question que la pratique semble ignorer. Nous avons seulement trouvé dans un jugement du tribunal d'Angoulême (3) à ce sujet une affirmation dépourvue de portée puisque, le mariage ayant eu lieu, il était reconnu que l'obligation des donateurs avait subsisté jusqu'à sa célébration ; ce jugement déclare « que le seul droit des donateurs, aujourd'hui sans objet, était de faire impartir un délai aux fian-

1. *Tr. du Contr. de m.*, I, n° 155. — *Id.* Guillouard, *Tr. du Contr. de m.*, I, n° 277.

2. *Rég. dotal et Communauté d'acquêts*, I, nos 134 et 135.

3. 27 juin 1884. *Gaz. Pal.*, 85, 1 Suppl. 9.

cés pour se faire conjoindre à peine de déchéance de la donation ».

MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville⁽¹⁾ approuvent le système de Rodière et Pont, tout en observant que les tribunaux devront, dans la fixation du délai, avoir le vif souci de ne pas peser indirectement sur la liberté des fiancés.

C'est là, en effet, que réside le point faible. Dès lors que les juges assignent un délai aux donataires pour se conjoindre, il y a plus qu'une donation « déclarée caduque », car ils ne peuvent retarder ou avancer cette caducité ⁽²⁾, il y a une déchéance, il y a de leur part un acte d'autorité puisqu'ils fixent un délai passé lequel le donateur « sera dégagé de son obligation. »

Objections : actions ad futurum. — Aussi l'emploi de cette procédure, qui mettrait fin heureusement à l'embarras du donateur, soulève-t-elle des objections. Il n'est pas même certain d'ailleurs que, lorsqu'il y a eu rupture du mariage, les futurs époux donataires, qu'ils aient ou non reçu une notification de la part du donateur, puissent être assignés par lui pour entendre prononcer la caducité dont ils ne réclament pas encore l'exécution.

« Pas d'intérêt, pas d'action », c'est une règle essentielle de procédure. L'intérêt étant la mesure des actions, il semble que le donateur puisse agir, puis-

1. *Tr. du Cont. de mar.* I, n° 198.

2. Ce n'est pas le lieu d'appliquer l'article 1244 en vertu duquel ils peuvent accorder un délai de grâce : les donataires ne sont pas débiteurs.

qu'il lui importe de connaître l'étendue de ses obligations.

L'intérêt doit être né et actuel, mais, dit Garsonnet (1), « il n'est pas nécessaire que le préjudice à raison duquel on agit soit encore réalisé, ni que l'exercice d'un droit qu'on veut défendre soit dès maintenant entravé, car il peut être utile de prévenir un dommage imminent, ou de mettre un droit à l'abri d'une contestation ultérieure ».

C'est dans ce but qu'agissent le propriétaire qui, menacé par des travaux entrepris sur le fonds voisin, fait ordonner une expertise pour constater l'état des lieux, ou qui intente la dénonciation de nouvel œuvre, le plaideur qui fait ordonner l'enquête à futur pour parer au dépérissement des preuves (2), le demandeur en faux principal et souvent le demandeur en vérification d'écriture principale, et encore celui qui intente l'action dite provocatoire, connue en Savoie avant le Code sarde de 1837 sous le nom d'action de jactance, c'est-à-dire qui, troublé dans son crédit, dans sa possession ou dans la tranquille jouissance de ses biens par des menaces ou jactances proférées publiquement par un tiers, l'invite à émettre et à justifier ses prétentions, faute de quoi il se verra

1. *Tr. théor. et prat., de procédure*, 2^e éd. I, §. 296, p. 496.

2. On discute sur l'existence en droit moderne de ces actions qui avaient été supprimées à la suite d'abus par l'ordonnance de 1667. Elle est admise par Garsonnet (III, § 856, p. 79) et reconnue par plusieurs arrêts : Paris, 29 mars 1835 et 27 déc. 1836, *Pand. chr.* — Besançon, 31 août 1844, D. 46. 2. 28 : Comp. en matière de désaveu de paternité : Cass., 9 mars 1864, S. 64. 1. 305. — Lyon, 21 janv. 1886, S. 86. 2.

interdire par les juges de jamais les faire valoir, et imposer « un perpétuel silence » (1).

Parmi ces actions qu'on peut qualifier, d'un terme générique parfois réservé aux actions provocatoires, « actions *ad futurum* », se rangent encore les actions interrogatoires. Celles-ci, moins connues que les actions provocatoires, ont avec elle beaucoup d'analogie, et l'action qu'on propose d'accorder au donateur tient également de ces deux types. La terminologie est d'ailleurs mal assise dans ce sujet peu étudié, et la jurisprudence parle seulement d'action de jactance, d'action en perpétuel silence, ou encore s'abstient de toute désignation.

D'après Garsonnet, les actions interrogatoires sont celles « par lesquelles on prétendrait mettre une personne en demeure de déclarer si elle entend user d'une faculté qui lui appartient, ou comment elle interprète une convention, à peine, si elle refuse de se prononcer, d'être déchue de cette faculté, ou du droit d'interpréter cette convention dans le sens le plus conforme à son intérêt ». C'est à peu près la définition d'Aubry et Rau (2).

Les actions interrogatoires dans le droit actuel. —

1. Cette action fonctionnait certainement en droit romain, comme le montre la loi *Diffamari* (C. Just. VII, XIV, § 2), sur la portée d'application de laquelle seulement les interprètes ne s'accordent pas. Garsonnet, après Aubry et Rau, la croit recevable dans le droit moderne, pourvu qu'il s'agisse de faire cesser une attitude menaçante et provocatrice (2^e éd. I, § 298, note 6, p. 502).

2. Garsonnet, 2^e éd., I, § 296. B., p. 496, note 6. — Aubry et Rau, 4^e éd., VIII, § 746, p. 120.

Cet auteur n'est pas sûr que les actions interrogatoires aient existé en droit romain, et c'est peu probable en effet si on ne peut s'appuyer que sur un texte (1) qui permet simplement à un fidéjusseur de contraindre le créancier à actionner en même temps que lui ses cofidéjusseurs, surtout quand un autre texte (2) dit que le demandeur a le droit de choisir le moment d'user de son droit.

L'existence de ces actions serait encore plus douteuse dans le droit actuel où l'appui des textes lui fait entièrement défaut, et, dans cet ordre d'idées, il faudrait permettre seulement au défendeur éventuel, en cas d'urgence, de faire prononcer contradictoirement, dans une enquête à futur, sur la valeur des moyens que le demandeur pourrait invoquer plus tard pour produire à son tour les siens.

D'après Aubry et Rau (3) également, ces actions ne sont pas en général recevables, ce qui ne les empêche pas de les accueillir dans un cas particulier : un partage provisionnel ayant eu lieu par suite de l'absence ou de l'incapacité d'un cohéritier, celui-ci, à son retour, à sa majorité ou après la mainlevée de l'interdiction, pourrait être sommé de déclarer s'il veut s'en tenir à ce partage et le considérer comme définitif, et sur son refus formel, les cohéritiers pré-

1. Dig. tit. XLVI, liv. 1, *De fidej.* loi 28, *Si contendat.*

2. Dig. tit. XLIV, liv. IV, *De dol. mal. et met. exc.*, loi 5, § 6,

3. VI, § 623, p. 542, texte et note 19.

sents et capables pourraient demander un nouveau partage. Ce serait une conséquence nécessaire de l'article 815, qui permet à tout copropriétaire de sortir d'indivision.

Un auteur moins connu, Blondeau (1), pense qu'un successible au delà du premier degré peut mettre les successibles qui le précèdent en demeure d'accepter, et faire déclarer que faute d'acceptation, ils sont déchus à son profit de leur successibilité. Ce système, issu de la théorie de la saisine collective professée par le même auteur, mais aujourd'hui universellement repoussée, était imaginé pour permettre aux héritiers subséquents de vaincre le mauvais vouloir des héritiers du premier degré s'ils refusaient de prendre parti en se reposant sur l'article 789. Aubry et Rau (2) n'admettent pas cette exception, et remarquent que les actions « provocatoires ou interrogatoires » ne sont pas en général reçues en France : ils ne semblent pas faire une distinction très nette entre les deux catégories.

Enfin Demolombe (3) expose longuement une opinion qui permettrait aux tiers, ayant traité avec une femme mariée protégée par son incapacité, de l'interpeller, elle, ou ses représentants, à la dissolution du mariage, ou de s'adresser aux deux époux vivants, même quand le contrat a déjà reçu son exé-

1. Séparation des patrimoines (1810) *passim*.

2. VI, § 610, p. 372, texte et note 5.

3. *Mariage*, II, n° 346.

cution, pour qu'ils aient à choisir entre sa nullité et sa validité. Mais l'auteur signale lui-même les multiples objections auxquelles se heurte sa théorie.

La doctrine se montre ainsi peu favorable aux actions interrogatoires et les proscrit, du moins en principe. Elle a pour elle le silence des textes ; pourtant il n'est pas nécessaire dans notre droit qu'une action soit expressément établie par la loi pour qu'elle existe : la loi n'est pas moins muette en ce qui concerne les actions provocatoires, et beaucoup n'hésitent pas à les admettre.

Quant aux tribunaux, leurs sentences ne sont pas uniformes. Des décisions déjà anciennes ont déclaré recevable l'action provocatoire (1), et la Cour de cassation (2) l'a accueillie sous le nom d'action de jactance, mais dans une affaire née en Savoie dès 1827, avant l'annexion, qui date de 1860. La personne menacée est autorisée à assigner son adversaire pour se voir contraindre à faire la preuve de ses propos, de ses jactances, à articuler plus que de simples

1. Aix, 12 juil. 1813. S. 14. 2. 234. — Nîmes, 15 juin 1835. S. 36. 2. 252. — Trib. Brignolles, 3 août 1836, S. 50. 2. 1. et note sur la matière.

2. Req. 29 mai 1866. S. 66. 1. 338. Cet arrêt est cité en maint endroit comme preuve que la Cour de cassation méconnaît l'action de jactance en droit moderne. Si cette solution est dans l'arrêt, ce n'est qu'implicitement, et encore on peut en douter ; voici la seule phrase dont elle pourrait ressortir : «... cette action... reposait sur un droit que consacrait, en 1827, la législation en vigueur dans la Savoie... on ne pourrait, par conséquent, le réputer aboli, soit par le Code civil sardo de 1837, soit par l'application à la Savoie des lois françaises, sans donner à ce Code et à ces lois un effet rétroactif... » L'argument contestant l'existence de cette action est déclaré irrecevable, on ne prononce pas sur son mérite.

affirmations, ou à s'abstenir de tout trouble, à garder un perpétuel silence ; quelquefois même cet adversaire est déclaré passible de dommages-intérêts pour le dommage causé par ses allégations.

La sanction de l'obligation au silence n'apparaît pas dans les décisions de la jurisprudence : ce pourrait être, si l'auteur des jactances ne se soumet pas, soit une condamnation à des dommages-intérêts, soit plutôt une décision sur le fond, seul moyen de mettre fin à ses allégations si elles ne sont pas fondées. Ce dernier procédé surtout serait intéressant.

Un arrêt de la Cour de Grenoble (1) a prononcé à titre comminatoire la déchéance du droit.

La Cour d'Angers (2) a accueilli encore une action provocatoire, dans laquelle le demandeur réclamait sans laisser à l'auteur des menaces la faculté de garder à l'avenir un silence prudent, qu'il fût statué au fond sur ses prétentions, qu'il n'avait pourtant pas encore formulées en justice. C'était un notaire qui, menacé par une lettre de ses clients d'une action en responsabilité, les avait actionnés pour faire déclarer qu'aucune responsabilité ne pouvait lui être attribuée.

La Cour reçut sa demande en ces termes : « Attendu qu'il est vrai que, en principe général, il n'appartient pas à un défendeur de se constituer arbitrairement demandeur et d'appeler en justice une personne qui ne réclame rien, sous prétexte qu'elle pourrait réclamer plus tard ; — « Mais attendu que la menace

1. 15 fév. 1816. S. chr. V, 2. 105.

2. 3 juil. 1868. S. 68. 2. 318 ; D. 68. 2. 154.

d'un préjudice éventuel est une cause légitime d'action, quand cette menace se produit sérieusement et quand elle peut nuire au crédit et à la situation de celui à qui elle a été adressée... ». Les clients s'étant bornés à nier la recevabilité de l'action, la Cour estima qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les conclusions du notaire au fond ni de prononcer une déchéance éventuelle, et leur donna un mois pour formuler leurs conclusions, disant que sinon il serait statué ainsi qu'il appartiendrait.

Si par l'action provocatoire l'individu inquiété peut faire impartir à son adversaire un délai fatal pour déduire son droit en justice, elle est aussi grave que l'action interrogatoire : dans un cas, le demandeur agit à la suite d'une provocation, dans l'autre, parce qu'il redoute l'exercice d'un droit ou d'une faculté contre lui, mais le danger est égal. Cependant celui qui jouit d'un droit ou d'une faculté est libre d'en user ou non, tandis que l'inaction se comprend moins chez celui qui s'est vanté d'avoir un droit à exercer.

§ 3. — *Sous quelle forme le donateur pourrait agir.*

Les tribunaux n'ont jamais accueilli l'action interrogatoire proprement dite, peut être parce qu'elle n'a jamais été intentée, mais ils ont souvent rendu des décisions au fond sur des droits ou des obligations dont l'exécution n'était pas actuellement contestée, dans des hypothèses qui se rapprochent de celle du donateur dans l'expectative.

Un notaire, chargé de la rédaction d'un contrat de mariage, ayant omis de faire signer le second notaire, les époux agirent contre lui en responsabilité. La Cour de Bourges (1) prononça en leur faveur une condamnation immédiate à fin de garantie, par voie de mesure conservatoire, à raison du préjudice qui devait résulter pour eux de la nullité du contrat, lors de la dissolution du mariage.

Un individu était mort, laissant pour héritier son fils, et pour légataire, à condition qu'elle ne se marierait pas, une domestique depuis longtemps à son service. Celle-ci, désirant se marier, écrivit au fils du défunt pour provoquer son consentement à considérer comme non écrite une condition qui était nulle suivant elle. N'ayant pas reçu de réponse, elle l'actionna en nullité de la condition. Son action fut accueillie par le tribunal de la Seine qui valida la clause.

En appel, où l'héritier opposait à la légataire l'absence d'un intérêt né et actuel à demander la nullité d'une clause que l'on n'invoquait pas, la Cour de Paris (2) la valida à son tour, après avoir ainsi établi la recevabilité de l'action : « ... celui qui trouve dans un acte une stipulation dont il croit devoir être déchargé, a un intérêt né et actuel à en demander l'abandon à ceux auxquels elle profite, et à défaut de leur renonciation, d'en réclamer l'annulation par la justice : l'existence d'un engagement, d'une condition, étant une cause de dommage pour l'obligé, même alors

1. 29 mars 1859. S. 60. 2. 132.

2. Trib. Seine, 27 fév. 1861 et Paris 1^{er} avr. 1862. S. 62. 1. 145.

que l'exécution n'en est pas actuellement exigée, et le créancier d'un droit quelconque ne pouvant se refuser à déclarer s'il entend ou non s'en prévaloir. »

On ne peut pas être plus catégorique, et après cet arrêt, nous pouvons en citer un de la Cour de Caen (1) qui traite de la même façon une espèce presque identique, et dont on s'est efforcé d'amoindrir la portée en disant que déjà l'héritier avait pris les devants et contesté les droits du mari pour le cas où il se remarierait.

La Cour de Paris (2) a pensé que le vendeur d'un fonds de commerce, auquel une clause de son contrat interdit d'une façon absolue d'exercer le même commerce, peut, car il a un intérêt né et actuel à ne pas être tenu de cette clause, en demander la nullité bien que l'exercice de son droit de faire le commerce ne soit pas actuellement entravé. Mais nous devons dire qu'une décision antérieure de la Cour de cassation (3) avait rejeté l'action d'un individu qui, ayant vendu son fonds de commerce, et voulant s'intéresser à une entreprise similaire, assignait son cessionnaire pour lui faire dire s'il y verrait un manquement aux clauses de la cession : c'était une sorte d'action interrogatoire.

D'après toute cette jurisprudence, il semble que le donateur pourrait intenter une action contre les dona-

1. 4 août 1851. S. 52. 2. 216.

2. 6 juil. 1893. S. 94. 2. 10.

3. Douai, 25 nov. 1868. S. 69. 2. 148. D. 69. 2. 39 et Cass. req., 7 août 1871. S. 71. 1. 197.

taires qui restent longtemps avant de se marier, quand même il n'a aucune répétition à exercer, ayant gardé ses biens en sa possession, afin de faire reconnaître la caducité de la libéralité : on ne lui demande rien encore, mais il a un intérêt éventuel et peut-être même immédiat à définir clairement sa situation : il veut être couvert par une décision de justice, pour recouvrer la liberté de ses biens, et éviter toute difficulté si le mariage se fait à l'avenir.

Mais il est peu probable qu'il puisse faire poser par les juges un délai passé lequel le droit des futurs serait expiré. Demander, comme MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, que les juges évitent de peser indirectement sur la liberté des fiancés, c'est avouer la faiblesse du système.

Toutefois il reste au donateur un moyen pratique de garantir pour l'avenir. Quand il y a rupture du mariage ou qu'il estime que le mariage devrait normalement déjà être célébré, il notifiera au donataire un acte lui faisant savoir qu'il se jugera déchargé s'il ne reçoit, dans le délai qui lui semble raisonnable, une explication du retard ou l'annonce d'une célébration prochaine. Si la réponse ne le satisfait point, il pourra s'adresser à la justice qui pourra ainsi constater plus facilement, en se basant au besoin sur l'article 1175, soit que la donation est caduque, soit que le donataire y a implicitement renoncé.

Il pourra agir de même si les futurs époux ont modifié ou remplacé le contrat de mariage dans lequel il avait fait une donation. Certains auteurs

pensent qu'il est libéré par la seule notification ; or il ne peut, étant resté étranger aux changements, interdire aux futurs de les supprimer encore. Mais, bien qu'il n'ait aucune injonction à leur donner, s'il les met en demeure, dans un délai raisonnable d'opter entre la donation et les conventions nouvelles, et que sa sommation reste sans effet, la donation sera compromise, et, suivant les circonstances, les tribunaux pourront à sa demande, constater que les époux y ont renoncé.

CHAPITRE III

Annulation du mariage. Ses effets sur les conventions matrimoniales et les donations faites aux futurs conjoints par des tiers.

Lorsqu'un mariage vient à être annulé, et c'est là ce qui distingue l'annulation de la dissolution, il disparaît non seulement pour l'avenir, mais encore rétroactivement pour le passé, sauf application des règles sur les mariages putatifs. De même qu'il ne subsiste aucun rapport d'alliance entre les familles, que la femme ne peut plus porter le nom de son mari, que l'émancipation de l'article 476 s'évanouit pour l'époux mineur, que les enfants légitimés restent naturels, qu'il n'y a plus aucune incapacité de la femme, de même les conventions matrimoniales sont frappées de stérilité.

L'article 1088 ne prévoit la caducité des donations que « si le mariage ne s'ensuit pas », mais l'existence d'un mariage annulé équivaut à l'absence de mariage, et cela est vrai non seulement pour les donations, mais pour tout le contrat de mariage.

Rechercher dans quels cas les conventions matrimoniales seront caduques par suite d'annulation du

mariage, ce serait faire en entier la théorie des nullités de mariage. Il nous suffira d'en rappeler les principes pour montrer quelles personnes peuvent, à l'occasion des conventions matrimoniales, être mêlées à un débat sur la nullité ou la validité du mariage, en signalant quelques difficultés sur l'étendue du droit dont jouissent les créanciers à cet égard.

Dans la caducité des conventions matrimoniales se révèle le côté négatif de la relation qui rattache le contrat de mariage au mariage : ces conventions ne portent pas en elles-mêmes le principe de leur vitalité, et l'existence d'un mariage valable est leur complément indispensable. Quelle que soit la nature de cette relation que nous avons essayé déjà de caractériser, elle n'est pas ce qu'on a parfois appelé une indivisibilité unissant les conventions matrimoniales et le mariage : nous le montrerons en étudiant son côté positif, en vertu duquel un mariage valable vivifie les conventions pécuniaires qui l'ont précédé, nous verrons dans quelles conditions.

Par là, nous toucherons surtout des questions de validité du contrat de mariage, mais pour ensuite revenir à la caducité avec les réhabilitations de mariages nuls par une célébration nouvelle : nous nous demanderons si elles peuvent rendre l'existence aux conventions matrimoniales primitives, qui étaient devenues caduques ou au moins d'une efficacité douteuse.

SECTION I

Demandes en nullité de mariage.

Droit des créanciers.

Le législateur n'accorde pas à toute personne le droit de poursuivre l'annulation d'un mariage, pour quelque cause qu'il soit vicié : il a estimé que parfois il est préférable de fermer les yeux sur certaines irrégularités plutôt que de susciter des scandales, auxquels donnerait lieu le procès en nullité, puis la séparation des époux. C'est pourquoi, à côté des cas d'inexistence, invocables par tout le monde (1), qui sont une création des auteurs modernes pour remédier aux résultats du principe qu'il n'y a pas de nullité sans texte, et qui sont l'identité de sexe, le défaut de forme et le défaut de consentement, il y a dans la loi d'une part des nullités absolues pour les manquements les plus graves à ses prescriptions, et d'autre part les nullités relatives ouvertes à un nombre limité de personnes.

§ 1. *Personnes pourvues de l'action en nullité.*

Nullités relatives. — Les nullités relatives sont : celle

1. Un arrêt de la Cour de cassation (9 nov. 1887. S. 87.1.461 ; D. 88.1.161) a refusé aux collatéraux le droit d'invoquer la nullité fondée sur le défaut de consentement en se basant à tort sur l'article 184 ; mais il est douteux, dit M. Planiol (2^e éd., III, n^o 345) que ce raisonnement devienne un principe de jurisprudence, et le système qu'il emporte a été nettement répudié par un arrêt de la Cour de Bastia (8 fév. 1888. S. 89.2.177. D. 88.1.317).

qui repose sur un vice du consentement, elle est ouverte à l'époux ou aux époux dont le consentement n'a pas été libre (art. 180) ; et celle qui résulte du défaut de consentement des parents, elle ne peut être invoquée que par ceux dont le consentement était requis, ou par l'époux qui avait besoin de ce consentement (art. 182). L'action qu'elles font naître ne peut être intentée par les créanciers en vertu de l'article 1166, car il s'agit d'un droit strictement personnel ; les héritiers ne peuvent l'intenter après le décès de leur auteur, ni la reprendre si de son vivant il n'est pas intervenu une décision passée en force de chose jugée (1).

Nullités absolues. — Quant aux nullités absolues, dues à l'impuberté, à la bigamie, à l'inceste, à la clandestinité ou à l'incompétence de l'officier de l'état civil, tout intéressé, y compris le ministère public (art. 184, 190, 191), est autorisé à s'en prévaloir, dans une certaine mesure, et suivant quelques distinctions.

Intérêt justifiant l'exercice de l'action. — Les intéressés, quand ils seront les époux, le premier conjoint de bigame, les ascendants, le ministère public, s'inspireront le plus souvent d'un but purement moral d'affection, d'honneur, de dignité. S'ils sont au contraire des collatéraux, des enfants d'un autre lit, des créanciers des époux, ils seront bien plutôt poussés par des considérations pécuniaires, et, par delà le

1. Trib. Toulouse, 24 fév. 1879. S. 80.2.54 ; D. 79.3.64. — Amiens sur renvoi, 11 juin 1902. Pand. fr., 04.1.32.

mariage, viseront principalement les conventions matrimoniales, pour les faire tomber quand elles leur sont contraires et qu'ils ne peuvent les atteindre directement.

Mais, même de la part de la première catégorie de personnes, des questions d'intérêt peuvent être le motif, ou au moins l'occasion qui les porte à agir : un ascendant a fait une donation qu'il voudrait n'avoir pas consentie, ou l'un des époux veut reprendre sa fortune pour en jouir à lui seul. Dans ce cas cependant, il n'y a pas à rechercher le but que poursuit le demandeur ; le droit d'agir lui est accordé sans distinction et il peut en faire l'usage qui lui plaît.

Collatéraux et enfants d'un autre mariage. — Au contraire, les collatéraux et les enfants d'un autre mariage n'ont en cas d'impuberté, de bigamie, d'inceste, l'action, qu'autant qu'ils ont un intérêt pécuniaire né et actuel. C'est ce que dit l'article 187, mais en termes trop étroits comme on l'a fait remarquer, car il semble leur refuser l'action du vivant des deux époux (1). Il a envisagé le cas le plus fréquent, où c'est un intérêt de succession qui les fait agir, mais cela pourra être exceptionnellement un intérêt plus proche, qui surgira au cours même du mariage, sous la forme d'une question de filiation ou de légitimation (2).

1. Cette restriction n'est pas dans l'article 191 relatif à la clandestinité et à l'incompétence de l'officier de l'état civil ; il requiert seulement un intérêt « né et actuel ».

2. V. un exemple dans Cass., 15 juin 1887. S. 90. 1. 446 ; D. 88. 1. 412.

Et, bien que cela paraisse plus chimérique, ces enfants ou collatéraux pourront, également du vivant des époux, contester la validité de leur union dans le but d'anéantir leurs conventions matrimoniales, comme le montre un arrêt de la Cour de cassation (1).

La nullité d'un mariage ayant été demandée par l'épouse, plusieurs personnes intervinrent au procès, parmi lesquelles une parente au degré successible du père de l'époux ; elle conclut à la nullité du mariage, comme devant entraîner celle de l'institution contractuelle faite par le père, depuis décédé, au profit de son fils. Son intervention fut jugée recevable, et il en eût été de même sans doute d'une action principale entamée par elle. Il est vrai que la nullité était basée sur l'article 191, mais les mêmes personnes pouvaient se trouver en jeu autour d'un mariage vicié par une des causes de l'article 187.

On s'accorde à reconnaître que l'article 187, malgré sa rédaction étroite, ne met pas obstacle à l'exercice immédiat de l'action, pourvu qu'elle ne soit pas fondée sur un simple intérêt éventuel (2).

Créanciers — Il est enfin une catégorie de personnes n'ayant, comme les collatéraux et les enfants d'un autre mariage, qu'un intérêt pécuniaire, pour qui la loi ne restreint pas, même en apparence, le droit d'attaquer le mariage : ce sont, moyennant un intérêt né et actuel,

1. Angers, 31 mai 1898, et Cass., 30 juill. 1900. S. 02. 1. 225, note Wahl. D. 01. 1. 317 et note.

2. Lyon, 3 juil. 1890 et Cass., 24 mai 1892. S. 92. 1. 299 ; D. 93. 1. 412.

les créanciers et tous ceux qui ont à opposer à l'un des époux des droits à l'exercice desquels le mariage mettrait obstacle (art. 184 et 191). On ne distingue pas si les époux sont encore vivants ou non.

S'ils ont eu affaire au mari, ils prétendront échapper aux conséquences de l'hypothèque légale de la femme (1) qui garantit l'exécution des clauses du contrat de mariage. S'ils ont traité avec la femme, ils feront constater que, n'étant pas mariée, elle s'est obligée dans la plénitude de sa capacité, ou que ses biens sont aliénables et saisissables, aucun contrat de mariage n'ayant pu les rendre dotaux.

§ 2. — *Droit pour les tiers de soutenir la validité du mariage.*

Les personnes qui ont l'action en nullité peuvent, d'après certains auteurs, non seulement l'intenter de leur propre mouvement, mais encore intervenir dans une instance engagée, pour être liés aux débats et déjouer des collusions qui leur seraient préjudiciables, ou soutenir, par la voie de l'appel, la validité d'une union qui aurait été à tort annulée (2), et cette faculté conforme aux règles sur l'intervention, doit d'autant

1. Cass. req., 14 déc. 1880. S. 81. 1. 349. Pand. fr., 81. 1. 854

2. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *Tr. du Cont. de mar.*, II, n° 1704. Dans le même sens : Aubry et Rau, V, § 458, p. 43, note 5.
— Huc, II, n° 150.

En appel « aucune intervention ne sera reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition. » (Art. 466 du C. de pr. civ.)

plus leur être concédée que la décision à laquelle ils n'auraient pas été parties, serait susceptible d'avoir vis-à-vis d'eux autorité de chose jugée. Ce système a pour lui un arrêt de la Cour de cassation (1) qui le consacre en faveur des créanciers.

Une personne était devenue créancière de 5.000 fr. sur chacun des époux ; la femme poursuivant l'annulation du mariage, elle se présenta, demandant que le mariage fût déclaré valable, ou au moins putatif.

Nous ne savons pas exactement de quelle façon la dette avait été contractée ; mais, si elle l'avait été par la femme avec l'autorisation du mari, le créancier avait avantage à faire maintenir un mariage régi par la communauté, car alors le mari se trouvait obligé conjointement avec sa femme, et même solidairement d'après la jurisprudence (2). On peut imaginer à l'inverse qu'un tiers, ayant contracté avec le mari, chef de la communauté, défende la validité du lien conjugal, de façon à avoir pour gage général les biens communs, composés peut-être en grande partie d'apports de la femme.

Toujours est-il que la Cour de cassation, contrairement à la Cour d'Angers, reçut le créancier intervenant. Elle se fonde sur les articles 1166 et 191, disant que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, et, par suite, inter-

1. Angers, 31 mai 1898 et Cass., 30 juil. 1900. S. 02. I. 225, note Wahl.

2. Cass., 23 avril 1888. S. 89. I. 25. ; D. 89. I. 233 ; — Cass., 16 juillet 1902. D. 03. I. 401.

venir, pour y surveiller leurs intérêts, dans les instances engagées par ce dernier ; qu'il ne faut pas comprendre parmi les droits exclusivement attachés à la personne ceux dont l'exercice tend à faire prononcer la nullité des mariages visés par les articles 184 et 191, aux termes de ces articles mêmes ; que la faculté ainsi donnée aux tiers de demander la nullité de certains mariages implique nécessairement à leur profit, le droit d'intervenir dans les instances de même nature engagées entre les époux pour y défendre leurs droits contre les collusions possibles ; qu'ils peuvent conclure aussi bien à la validité qu'à la nullité de l'union attaquée, ou prétendre simplement qu'elle a été contractée de bonne foi ; que si les articles 184 et 191 ne parlent que du droit d'attaquer le mariage, cela tient au chapitre dans lequel ils sont placés et qui est intitulé « Des demandes en nullité de mariage », où sont énumérées les personnes qui ont qualité pour les introduire ; que, des termes qui y sont employés, il n'est pas permis de conclure qu'ils ont voulu implicitement interdire le droit de défense à ceux à qui ils donnaient expressément le droit d'attaque.

Refus du droit aux créanciers. — La question ainsi tranchée ne s'était pas encore présentée. Dans une longue note publiée sous l'arrêt, M. Wahl, tout en reconnaissant le caractère libéral de son système d'interprétation, le combat en reprenant et développant la thèse de la Cour d'Angers.

Les seuls textes dont on doive ici faire état sont,

d'après cet auteur, les articles 184 et 191. L'article 1166 a une portée très générale, mais restreinte aux droits non exclusivement personnels ; quand il s'agit de droits qui sont réservés à la personne, le créancier ne peut donc plus intervenir dans les instances où figure son débiteur pour prévenir les collusions entre celui-ci et son prétendu adversaire.

Il faut s'en rapporter uniquement à ce qui est dit au titre du mariage : personne n'essaie d'ouvrir aux créanciers l'exercice des nullités relatives ; il ne faut non plus leur ouvrir celui des nullités absolues que dans la mesure restreinte où le leur donnent les dispositions de ce titre : or ce qu'ils ont, c'est un droit personnel et indépendant de celui des époux. En effet, ils figurent à côté de personnes, les père et mère, et autres ascendants, qui n'ont aucun intérêt pécuniaire et qui, sous tout autre rapport, ne bénéficieraient pas de l'article 1166.

De plus, la renonciation de leur débiteur à l'action avant qu'eux-mêmes l'aient intentée, ne les empêcherait pas de le faire par la suite, comme cela arriverait si leur droit prenait sa source dans l'article 1166 et n'avait un caractère d'ordre public.

Si les arguments de la Cour de cassation sont justes, on doit aller jusqu'à permettre aux intéressés d'intenter une action principale en validité, les époux ayant incontestablement le droit de faire sanctionner la validité de leur mariage. Il ne faut donc rien ajouter aux articles 184 et 191 en leur permettant d'intervenir dans l'instance, soit pour appuyer la nullité, soit à

plus forte raison pour soutenir la validité du contrat de mariage.

L'esprit de la loi, au reste, est de limiter ces deux articles aux demandes principales en nullité. Elle évite autant que possible l'annulation des mariages, mais, quand ils constituent un défi aux mœurs, un scandale, elle élargit le droit commun ; tout intéressé peut la provoquer, ainsi que le ministère public, car elle tient à ce que tout rentre dans l'ordre et que le scandale prenne fin le plus tôt possible. Ce vœu est rempli dès que la nullité est demandée par qui que ce soit, et la paix publique souffrirait de l'immixtion d'un tiers dans l'instance engagée entre les époux.

Ceux-ci pourraient bien se concerter avec d'autres personnes pour faire annuler un mariage valable ou inversement, mais la loi ne montre pas toujours autant de sollicitude pour les tiers, puisqu'elle leur interdit d'une manière générale d'exercer les actions relatives à l'état qui appartiennent à leur débiteur. Si elle leur octroie l'action en nullité du mariage, c'est pour la morale, parce qu'elle voit dans leur intérêt un sûr garant qu'ils s'emploieront à faire cesser un état de choses regrettable, et il ne sert à rien de remarquer que le droit de demander la nullité du mariage est beaucoup plus grave que celui de défendre le mariage.

Pour cette raison encore, à prendre même pour exacte l'opinion de la Cour de cassation, les tiers n'auraient pas le droit d'intervenir dans l'instance pour demander que le mariage produise au moins

les effets d'un mariage putatif ; ce n'est pas à cela qu'est destinée leur action.

Le ministère public, au surplus, n'est-il pas là qui, appelé à donner ses conclusions (art. 83, -2º. C. pr. civ.), veillera à la sincérité du procès ; et les nullités de mariage reposent sur des faits si simples, si faciles à constater, que l'erreur ou l'illusion du tribunal à leur égard ne doit guère être supposée.

On reproche encore à la Cour de cassation de se mettre en contradiction avec elle-même. Se basant sur les termes restrictifs des articles 184 et 191, elle a décidé (1) que le ministère public n'a pas le droit d'intenter une action en validité du mariage, fût-ce par voie d'appel, contre un jugement prononçant la nullité. Depuis lors, la question a fait l'objet de vives controverses.

L'opinion qui permet au ministère public d'intenter une action en validité du mariage est aussi défavorable, plus peut-être, au système de l'arrêt que l'opinion contraire. Car elle s'appuie exclusivement sur l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, sans prêter aucune attention aux articles 184 et 191, les seuls concernant les créanciers. Si donc la Cour de cassation persévère dans sa jurisprudence nouvelle, elle devra, pour être conséquente, recevoir, et en vertu des mêmes textes, le ministère public à demander la validité du mariage.

Réfutation. Droit des créanciers. — Malgré cette

1. Cass., 1^{er} août 1820, — 5 mai 1821, S. chr.

réfutation, décisive quant aux critiques portant sur l'application de l'article 1166, la solution donnée par l'arrêt nous semble soutenable. Nous n'hésitons pas à éliminer cet article, non pas parce que les créanciers, auxquels l'action est donnée en concurrence avec le ministère public, et avec des personnes qui n'ont qu'un intérêt moral, ne peuvent en user eux-mêmes, pour leur intérêt pécuniaire, que dans la mesure où elle doit servir la morale, mais seulement parce que l'état des personnes, et particulièrement le mariage, échappe en principe aux prérogatives que les créanciers tiennent de leur droit de gage général.

C'est donc bien par une disposition spéciale qu'ils sont compris dans les articles 184 et 191, et non par un rappel d'un droit plus général. Mais il semble qu'on s'aventure en avançant que, l'action une fois mise en mouvement, par qui que ce soit, tous les autres doivent s'abstenir, à l'exception bien entendu des époux, les premiers en cause. Sans doute le principal souci du législateur a été de défendre la morale ou l'ordre public offensé ; mais, partant de ce but, il a donné aux créanciers un droit qui ne comporte aucune distinction, qui n'expire pas au décès des époux comme celui du ministère public.

Celui-ci est bien appelé à donner ses conclusions sur la demande en nullité du mariage et s'efforcera de prévenir toute collusion, mais le créancier, qui aurait la faculté de prendre l'initiative de l'action, ne doit pas, parce que d'autres, parce que les époux ont

pris les devants, se croiser les bras en attendant la décision de la justice.

On ne voit pas que les procès en nullité de mariages soient d'une telle simplicité que les juges ne puissent s'y laisser surprendre ou induire en erreur. Le ministère public peut n'avoir pas de raison pour soupçonner les époux de connivence entre eux ou avec des tiers. Le créancier au contraire, sait qu'on cherche à lui échapper, connaît des faits, des arguments qu'on omettrait sans lui : par exemple, dans un procès basé sur la clandestinité, il dira si l'irrégularité a été voulue parce que les époux y trouvaient un moyen d'éluder la loi, ou si elle s'explique par les circonstances.

Il lui importe d'avoir sa place dans les débats, en vertu des règles générales sur l'intervention, qui sont indépendantes de l'article 1166. Le législateur n'a peut-être pas l'habitude de se montrer aussi respectueux de l'intérêt des tiers en matière d'état, mais ici il a dérogé à son principe dans les articles 184 et 191, et la Cour de cassation (1) n'a pas hésité à recevoir les tiers comme défendeurs à une action en validité de mariage, en l'absence même de tout intérêt actuel, « puisque le jugement à intervenir aura à leur égard l'autorité de la chose jugée. »

Il n'y a là rien de spécial à la matière. La jurisprudence reconnaît d'une manière très large le droit d'intervention en première instance, elle n'exige pas de condition autre que pour l'exercice de l'action

1. 25 mars 1889. S. 90. 1. 145.

principale, se contente d'un intérêt moral, et, quand il est pécuniaire, d'un intérêt éventuel tel que la crainte d'un préjugé (1). Mais il y aurait ici plus qu'un préjugé, puisque les jugements prononçant l'annulation d'un mariage ont autorité de chose jugée vis-à-vis de tous.

On est amené logiquement à admettre l'intervention non seulement en vue de faire annuler, mais en vue de défendre le mariage, car, s'il est moral de faire anéantir une union quand elle blesse l'ordre public, il l'est tout autant de prouver qu'elle mérite d'être maintenue ; et la présence en cause d'une partie de plus ne peut que mieux servir la vérité ; il pourrait y avoir des créanciers ou autres personnes ayant des intérêts opposés, les uns désirant le *statu quo*, les autres l'annulation. Comme il n'y aura aussi bien qu'un seul procès, l'ordre n'en sera pas troublé.

Action tendant à faire déclarer le mariage putatif.

— Le créancier peut-il, la nullité étant demandée, conclure à ce que le mariage soit au moins considéré comme putatif ? Cela paraît moins certain : l'ordre public reste étranger à cette question, car, ce qu'il exige, c'est que le mariage contraire aux lois ne continue pas à exister aux yeux de tous, que s'il leur est conforme, on ne puisse rien contre lui ; il n'y a plus ensuite qu'une question d'équité vis-à-vis des époux de bonne foi et des enfants, et il n'est plus très exact de dire, que celui « qui peut le plus peut le

1. Garsonnet, *Tr. théor. et prat. de procédure*, III, § 932 et suiv.

moins », que les tiers, pouvant prouver la nullité « absolue » peuvent à plus forte raison prouver la nullité « relative » (1).

On ne conçoit guère un créancier poursuivant par action principale la nullité du mariage, puis faisant son possible pour le faire regarder comme putatif ; cela ne se produira vraisemblablement que lorsqu'il interviendra sur une demande en nullité, pour, si elle réussit, en pallier les conséquences.

Bien que l'admission du caractère putatif d'un mariage concerne des intérêts privés plutôt que l'ordre public, le créancier doit pouvoir déposer des conclusions tendant à l'obtenir : pour lui, autant vaut que le mariage nul soit reconnu putatif à l'égard des deux époux que ce que la nullité soit repoussée. Puisqu'on l'autorise à soutenir la validité du mariage, il doit pouvoir plaider aussi en faveur de son caractère putatif.

Action principale en validité du mariage. — Si les arguments de la Cour de cassation sont justes, il faudrait, dit-on, permettre aux intéressés d'intenter une action principale en validité. Nous pourrions laisser cette objection, qui s'adresse aux partisans de l'extension de l'article 1166. Mais nous estimons que, chaque fois qu'on opposera au créancier les vices d'un mariage, — et c'est alors seulement qu'il aura intérêt à faire juger sa validité, — il lui suffira, fort des appa-

1. C'est le langage de M. l'avocat général Desjardins dans ses conclusions sur l'affaire dont il s'agit. L'arrêt n'a pas tranché ce point spécial.

rences, d'exercer son droit, sauf à le voir contredire dans une contestation sur le mariage ; mais alors il sera défendeur sur la question de la validité.

On peut remarquer cette situation dans une espèce jugée par la Cour de cassation (1), où des créanciers demandaient à être colloqués dans un ordre avant la femme de leur débiteur, et pour ce, soutenaient que cette femme était mariée valablement par une première célébration, et ne pouvait par conséquent produire en vertu des clauses d'un contrat fait en vue d'une deuxième célébration nonobstant le premier mariage.

Contre toutes ces considérations, la lettre des articles 184 et 191, qui parlent seulement d'action en nullité, semble bien faible. Comme la Cour de cassation, nous croyons que cette rédaction est due à la place desdits articles dans un chapitre sur les demandes en nullité. En accordant le droit d'attaque, la loi ne refuse pas implicitement le droit de défense, et cela est vrai non seulement des créanciers, mais en général des tiers qui, à côté des époux, jouissent de l'action en nullité.

Droit du ministère public comparé à celui des créanciers. — Cependant on a encore tiré l'argument en sens contraire de la situation faite au ministère

1. Lyon. 28 février et Cass., 24 décembre 1880. S. 81. 1. 349 ; D. 81. 1. 310. Un arrêt plus ancien (Cass., 23 août 1826. S. chr.) montre des créanciers attaquant une liquidation de reprises après séparation de biens, comme non conforme aux conventions matrimoniales des époux, ce qui soulevait nécessairement la question de la validité d'un premier mariage à l'exclusion d'un mariage itératif célébré ultérieurement entre les mêmes personnes.

public par rapport à cette action dans la jurisprudence. Le texte fondamental est l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, dont les deux alinéas sont si peu en harmonie, qu'il a pu être invoqué dans deux sens absolument différents : « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. — Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, il poursuit cette exécution d'office dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. »

De ce contraste est née une controverse générale (1), mais qui a ici son importance. Le premier alinéa est clair ; il semble interdire au ministère public l'exercice de l'action principale en dehors des cas spécifiés par la loi. Mais, si du second alinéa on déduit que le ministère public peut agir d'office pour assurer l'exécution de toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public, le premier n'a aucun sens : c'est l'interprétation dite extensive. L'interprétation restrictive consiste à prendre dans le premier alinéa ce qui y est grammaticalement, la suite se rapportant aux cas où il s'agit de mesures d'exécution à prendre en dehors de tout débat judiciaire, sans se porter partie civile devant la juridiction contentieuse.

Ces données connues, voyons ce que contiennent les arrêts de la Cour de cassation invoqués. Celui du 1^{er} août 1820 rejette l'appel formé par le ministère public contre un jugement qui avait annulé un mariage pour défaut de consentement des parents (art. 182). Il

1. Garsonnet, I, § 193 et 196.

déclare que l'article 46 de la loi de 1810 est dominé par son premier alinéa qui lui donne une portée limitée ; que c'est donc au Code civil qu'il faut se référer pour décider si le ministère public a ou non qualité pour agir d'office ; qu'en lui attribuant cette qualité dans les espèces fixées par les articles 184 et 191, le législateur lui a évidemment refusé ce droit dans les autres cas.

L'arrêt du 5 mars 1821, au contraire, repousse bien l'appel du ministère public dans des conditions semblables, et où la nullité était réellement fondée sur l'article 191 ; mais il fait remarquer « qu'il n'y a aucune analogie entre le cas où il s'agit de faire annuler un mariage scandaleusement formé au mépris de la loi, et celui où il s'agit de soutenir valide un mariage que les tribunaux ont annulé en connaissance de cause... après avoir entendu le ministère public. » Il semble bien que le ministère public n'avait été que partie jointe en première instance ; il ne pouvait donc pas interjeter appel (1).

La Cour de Chambéry (2), à laquelle plus récemment le problème a été soumis, a accueilli au contraire l'appel formé par le ministère public pour s'opposer à une demande en nullité et, s'il invoque l'article 184, il se fonde bien principalement sur l'article 46 de la loi du 20 avril 1810. Mais sa décision, la seule qu'on puisse vraiment nous opposer, aurait pu, si le ministère public était déjà partie principale

1. Bonfils, et Beauchet. *Tr. élém. de procédure.*, 3^e éd., n^o 976.

2. 7 février 1885. S. 86. 2. 217. Pand. fr., 86. 1. 1214.

en première instance, se justifier uniquement grâce à l'article 184 : le tiers contre qui la nullité du mariage aurait été jugée pourrait aussi faire appel.

En définitive, et quels que soient les droits du ministère public, les tiers et en particulier les créanciers peuvent, dans le cas où la loi leur donne l'action en nullité du mariage, intervenir aussi dans une instance déjà engagée par d'autres intéressés pour soutenir contre eux la validité du mariage ou même le faire déclarer putatif : ils le feront si le maintien des conventions matrimoniales doit être à leur avantage.

SECTION II

Relations de validité entre le contrat de mariage et le mariage.

Si l'annulation du mariage entraîne par voie de conséquence la caducité des conventions matrimoniales, est-ce qu'à l'inverse sa validité peut avoir quelque influence sur la leur ? Faut-il que le mariage soit possible pour que les conventions matrimoniales soient valables ? Et un mariage valable peut-il couvrir les vices de ces conventions ?

§ 1. — *Capacité au moment du mariage et au moment du contrat.*

En principe, la capacité de se marier n'entraîne pas forcément celle de faire son contrat de mariage. C'est

en vertu de cette règle qu'après avoir longtemps décidé le contraire, la Cour de cassation (1), toutes Chambres réunies, a jugé, au moins implicitement, que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, bien qu'apte à contracter seul mariage, doit, à moins d'adopter tacitement (2) ou expressément le régime de la communauté, considéré par la loi comme le plus favorable, se ménager l'assistance de son conseil pour son contrat de mariage comme pour toute autre convention.

La Cour de cassation a fait ainsi justice de la maxime *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*, qu'on prétendait tirer des termes de l'article 1398 interprété comme l'expression d'une théorie générale.

La capacité doit donc être envisagée séparément pour le mariage et le contrat de mariage. Il en sera ainsi pour l'interdit judiciaire, si l'on admet, avec la jurisprudence et une partie de la doctrine, qu'il peut se marier dans un intervalle lucide : ses conventions matrimoniales pourront être anéanties pour cause d'interdiction, alors même qu'on maintiendrait le mariage.

La Cour de cassation (3) l'a décidé dans une affaire où les deux actes avaient cependant eu lieu le même jour, « attendu qu'il n'existe aucune loi qui ait tellement lié le contrat de mariage et le mariage qu'il soit

1. 21 juin 1892. S. 94. 1. 449 ; D. 92. 1. 369.

2. Cass., 10 mai 1898. S. 99. 1. 434.

3. 28 décembre 1831. S. 32. 1. 358.

légalement impossible de maintenir le mariage sans maintenir aussi les conventions civiles. »

Ce sont des considérants qui se retrouvent dans nombre d'arrêts (1) du même genre, ceux entre autres qui statuent sur les actes faits par un aliéné non encore interdit au moment du contrat de mariage ni du mariage. L'un d'eux (2) dit très justement « que les rapports évidents qui existent entre le contrat de mariage et le mariage lui-même font naître une considération puissante pour que le premier soit difficilement détruit quand le second est maintenu, mais que ce n'est point là une règle de droit qui puisse être opposée comme fin de non-recevoir à une demande en nullité de contrat. »

Il arrive souvent en effet que l'incapacité (aliénation mentale, interdiction, minorité) qui frappe l'un des époux relativement au mariage, l'empêchait en même temps de faire son contrat de mariage, existant déjà au moment de sa confection. Alors les deux actes sont également annulables pour la même cause.

Mais le législateur a édicté différentes fins de non-recevoir à l'action en nullité du mariage, qui ne protègent pas textuellement le contrat de mariage, elle a circonscrit étroitement le droit de demander la nullité du mariage. La question se pose donc de savoir, non pas si les parties incapables de contracter mariage sont aussi incapables de faire leur contrat de mariage,

1. Riom, 17 juillet 1839. S. 40. 2. 66 ; D. 40. 2. 174. — Cass., 23 déc. 1856. S. 57. 1. 244.

2. Paris, 8 nov. 1858. J. N., 1868, art. 16456.

mais plutôt si telle personne, qui ne peut contester le mariage, a le droit de méconnaître le contrat, ou si, le premier étant purgé du vice commun, le second l'est aussi par voie de conséquence.

La jurisprudence décide avec raison qu'il n'y a pas une symétrie nécessaire dans le traitement accordé aux deux actes : que les collatéraux, privés du droit d'attaquer le mariage de leur parent pour insanité d'esprit, peuvent néanmoins faire tomber la donation qu'il a faite à son conjoint dans le contrat (1) ; que les causes de nullité qui frappent à la fois le mariage et le contrat de mariage peuvent être invoquées à l'égard du contrat de mariage, quoiqu'elles soient couvertes quant au mariage.

Ainsi elle a annulé le contrat de mariage d'un mineur fait sans l'assistance des personnes dont le consentement était nécessaire à la validité de ce contrat, bien que le mariage, frappé de la même cause de nullité, fût à l'abri de toute atteinte de ce chef à raison de l'expiration du délai établi par l'article 183 (2). De même, si le reproche d'impuberté ne pouvait plus, pour l'une des causes de l'article 185, être dirigé contre le mariage, il subsisterait cependant à l'encontre du contrat.

A plus forte raison ne suffira-t-il pas, pour purifier le contrat de mariage d'un vice qui l'infecte, et qui aurait pu exister aussi dans le mariage, que celui-ci

1. V. les arrêts cités aux deux notes qui précèdent.

2. Bourges, 3 mars 1812. Pand. fr. chr. — Riom, 23 juin 1853 et Cass., 13 juill. 1857. S. 59. 1. 801 ; D. 57. 1. 334.

en soit exempt et ait été célébré à une époque où il était devenu légalement possible. Ainsi le contrat de mariage d'un mineur doit être annulé à défaut d'assistance des personnes dont le consentement est requis, bien que cette assistance et ce consentement aient été fournis pour le mariage (1), ou qu'il n'ait été célébré qu'après qu'il pouvait se passer de ce consentement.

Il en serait de même du contrat passé, avec l'assistance des personnes voulues, par un mineur qui n'aurait pas encore l'âge de se marier : il serait nul quand bien même le mariage n'aurait lieu qu'à l'âge requis, ou après l'obtention de dispenses. On pourrait objecter que le vice du contrat disparaît avant la célébration du mariage, mais l'article 1398 indique assez clairement que le contrat passé par un impubère est nul : il doit être refait ou ratifié, mais autrement que par célébration du mariage (2).

Ces solutions, admises aujourd'hui presque unanimement, vont contre le système autrefois défendu par Troplong, mais qui ne paraît pas avoir eu beaucoup de partisans, et que Laurent a réfuté très vivement (3). D'après cet auteur, il n'y a pas à se demander si les époux étaient capables de faire leur contrat de mariage, mais si, lorsqu'ils se sont ensuite mariés, ils en étaient capables. « Le sort du contrat de mariage se règle par le sort de l'union, il en suit les destinées, il en prend le caractère (4) . »

1. Cass., 19 juin 1872, S. 72. 1. 281 ; D. 72. 1. 346.

2. Trib. Amiens, 31 août 1864. *Rev. not.*, n° 1187.

3. XXI, n°s 32 et 33.

4. Troplong. *Cont. de mariage*, n° 110.

Ce système n'est pas sérieux, et, à côté de citations latines sans portée, de décisions et d'opinions d'auteurs antérieures au Code civil, s'appuie surtout sur des considérations sentimentales. Il pose la formule *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia* comme allant de soi et sans la justifier (1). Il serait déjà oublié si, sur la même formule, la Cour de cassation n'avait pendant longtemps basé sa jurisprudence, aujourd'hui abandonnée, relative aux conventions matrimoniales de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. Sa fausseté a été maintes fois démontrée (2).

La règle *habilis...* n'est énoncée nulle part ; l'article 1398 n'est écrit que pour le mineur, à l'égard de qui on a voulu dissiper le doute créé par un texte de Dumoulin (3), en lui permettant de faire, assisté, toutes les conventions matrimoniales qu'elles qu'elles soient.

Il ne faut pas faire dire à cet article plus qu'il ne renferme : il exige que le mineur ait, pour faire son contrat de mariage, l'âge et les autorisations requis pour contracter mariage, mais ces conditions peuvent faire défaut dans le contrat de mariage, et il ne suffira pas, pour le mettre à l'abri, que le mariage y satisfasse.

1. No 297 ; au n° 114, le même auteur pose en principe l'indivisibilité des conventions matrimoniales entre elles.

2. Bertaud. « Revue critique de la jurisprudence sur la nullité des contrats de mariage ». *Rev. crit.*, 1865, XXVII, p. 289. — Pascaud. « Des conventions matrimoniales consenties par le faible d'esprit ou le prodigue sans l'assistance du conseil judiciaire ». *Rev. crit.*, 1892, p. 286.

3. *Habilis ad nuptias habilis ad pacta omnia et renuntiationes quæ in talibus apponi solent.*

La thèse de l'indivisibilité a été fort bien réfutée dans divers arrêts, qui remarquent que le contrat de mariage et la célébration devant l'officier de l'état civil sont deux actes ayant leurs caractères, leurs effets particuliers ; que, bien que tous deux soient le résultat de la même détermination, la loi ne les a pas tellement liés entre eux qu'on ne puisse les diviser pour donner effet à l'acte de mariage et en refuser au contrat qui l'a précédé (1).

Vainement objecterait-on que les conventions civiles ont dû influencer beaucoup sur la conclusion du mariage, et qu'on ne peut scinder ce que les parties ont associé dans leur volonté : il ne leur appartient pas d'unir ainsi d'une façon absolue les deux contrats. D'ailleurs cet argument prouverait trop : il s'entendrait aussi bien du cas où ils sont entachés de nullités diverses, que de celui où c'est la même qui les affecte tous deux : il conduirait à refuser l'annulation du contrat de mariage dès que le mariage a été à l'origine pur de tout vice, ce que bien peu admettent ; le contrat fait par un aliéné en état de démence deviendrait intangible parce que le mariage aurait eu lieu pendant un intervalle lucide.

Marcadé, qui cependant ne partage pas les idées de Troplong, obtient, par des raisonnements différents, certaines solutions semblables. Le contrat arrêté avant l'âge et sans dispenses, étant simplement annulable, se trouve selon lui validé par la célébration régu-

1. V. les arrêts précités, Riom, 17 juil. 1839. S. 40. 2. 66. — Cass., 23 déc. 1856. D. 57. 1. 17 ; et en outre Agen, 21 juil. 1857. S. 57. 2. 530.

lière qui suit, et qui constitue une exécution volontaire, ratification de l'acte nul (art. 1338) (1). Si la célébration elle-même a lieu avant l'âge ou l'obtention des dispenses, la validation du mariage (art. 185) provenant de ce que la femme est devenue enceinte entraînera celle du contrat de mariage, mais à condition que cette circonstance, dans laquelle il voit une exécution volontaire, se réalise après l'âge de quinze ans, c'est-à-dire quand la femme serait capable de se marier; ou que le contrat de mariage ne soit pas attaqué avant qu'elle ait atteint ses quinze ans. De même, quand le mari ou la femme aura atteint depuis plus de six mois l'âge compétent, son contrat de mariage sera confirmé comme son mariage.

Il est permis de trouver bizarres les distinctions reconnues nécessaires à l'égard du contrat de mariage pour le cas de grossesse de la femme. Mais en outre, c'est très improprement que la notion d'exécution volontaire intervient ici : d'abord dans le cas où le mariage n'est consolidé qu'après coup, car l'immutabilité des conventions matrimoniales met obstacle à toute confirmation pendant le mariage ; mais encore dans celui où il est célébré régulièrement, car, si une ratification du contrat de mariage nul est possible, elle ne peut résulter de la célébration du mariage, acte d'un ordre tout différent.

§ 2. — *Le mariage doit-il être possible au moment du contrat ?*

En somme, le contrat de mariage et le mariage sont

1. Dans le même sens Rodière et Pont, I, n° 38.

des actes distincts. Ils peuvent bien être soumis à des règles communes, mais qui doivent être observées privativement pour chacun. L'aptitude à faire un contrat de mariage ne se déduit pas de l'aptitude à se marier. Mais, à l'inverse, n'implique-t-elle pas cette aptitude, en outre de la capacité générale de contracter ?

Minorité. — On ne peut répondre affirmativement que pour le mineur, en vertu de l'article 1398 qui le suppose « habile à contracter mariage ». Pour toute autre hypothèse la capacité requise pour le mariage est indépendante de celle qui est exigée pour le contrat. Mais il ne s'agit encore que de la capacité absolue, individuelle, à contracter mariage. La question se pose en termes plus larges : faut-il qu'au moment où le contrat est conclu, le mariage soit déjà possible ?

Empêchements prohibitifs. — En dehors du défaut de capacité, elle se présentera à propos des divers empêchements qui s'opposent au mariage, soit d'une manière absolue, soit avec telle personne déterminée (1).

Quand le contrat de mariage, régulier en la forme, est signé par des futurs époux capables, peu importent les empêchements prohibitifs qui s'opposent à leur mariage (2). Insuffisants pour faire infirmer le

1. Les irrégularités dans la célébration, clandestinité, incompétence de l'officier de l'état civil, sont aussi des causes de nullité du mariage, mais il n'en est pas question lors de la confection du contrat.

2. Pour ne pas discuter hors de propos la liste des empêchements prohibitifs, nous nous reportons à celle que donne M. Planiol (2^e édit. III. N^o 335), et qui comprend : le défaut d'actes respectueux, le défaut de publications, le délai de dix mois imposé à la femme veuve, divorcée ou

mariage une fois célébré, ils ne nuisent aucunement au contrat de mariage, et peuvent seulement l'empêcher d'entrer en vigueur, en entravant le mariage avant la célébration. Au surplus, ils sont tous temporaires, et peuvent être facilement évités.

Empêchements dirimants. — Quant aux empêchements dirimants, ils appellent des distinctions. Il y en a qui ne sont pas insurmontables et qui peuvent disparaître avec le temps. Tel est celui qui dérive de la parenté et de l'alliance en ligne collatérale, qui peut être levé au moyen de dispenses (art. 162 et 163) : il n'influe pas directement sur le mariage qui, parfait en lui-même, sera seulement exposé à subir le contre-coup de l'annulation du mariage célébré sans dispenses.

Telle était, sous l'empire du Code civil de 1804, la disposition de l'article 297 : « Dans le cas de divorce par consentement mutuel, aucun des deux époux ne pourra contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce. » Le contrat de mariage conclu au cours de ces trois ans était valable, comme l'a décidé la Cour de cassation belge (1), « considérant que la prohibition contenue dans l'article 297 du Code civil est positivement restreinte par son texte au mariage nouveau qu'un époux divorcé voudrait contracter dans les trois années qui suivent le divorce par consentement mutuel ; considérant que

dont le mariage est annulé, l'existence d'une opposition, la nécessité d'une autorisation pour les militaires.

1. 25 février 1839. — Pasier. belge. 39.1.20.

deux personnes libres d'ailleurs de s'unir après un délai déterminé, ne blessent ni l'ordre public ni les bonnes mœurs en réglant, avant l'expiration de ce terme, les conditions civiles de leur union, parce que, à moins qu'il ne soit constaté... que leur contrat était exclusivement destiné à régir un mariage prématurément contracté au mépris de la loi, il est présumé fait... pour un temps où leur union sera légalement possible... » Dans l'espèce le mariage lui-même avait été célébré avant l'échéance légale, mais renouvelé en temps opportun.

Ces motifs, exacts selon nous, pourraient être transportés dans l'hypothèse d'un contrat conclu entre deux personnes dont l'une est encore mariée. Ce contrat peut évidemment paraître peu sérieux, injurieux pour le conjoint actuel et même contraire à la morale publique en un pays où la bigamie est considérée comme un crime (art. 340, C. pén., (1). Néanmoins il peut être valable. Nous ne voulons pas supposer qu'une personne mariée, escomptant le décès de son conjoint, signe dans une hâte excessive un contrat de mariage avec une autre personne. Mais elle peut avoir en vue un divorce, et si les époux, sans avoir fait pro-

1. C'est ce qu'expriment les motifs d'un arrêt (Paris, 9 fév. 1860. S. 60.2.65) dont nous examinerons bientôt la décision : « Attendu... que le contrat de mariage signé par un individu marié et qui se déclare tel n'est pas un acte sérieux, que ni l'une ni l'autre des parties ne peut soutenir l'avoir fait de bonne foi, qu'il est contraire à une règle de morale publique qui ne peut changer ni par le bénéfice du temps ni par une modification législative. » A cette époque le divorce n'était pas permis.

noncer la séparation de corps, vivent depuis longtemps en mésintelligence et à l'écart l'un de l'autre, si le divorce a été prononcé entre eux mais que le jugement n'ait pas encore été transcrit, il est assez légitime qu'ils prennent leurs dispositions pour la nouvelle union qu'ils veulent contracter (1).

Bigamie, inceste.— Il faut donc savoir dans quel but la personne mariée a fait des conventions matrimoniales. Si c'était en préparation d'un mariage bigamique, intention qui ne pourra guère s'établir que par la réalisation effective de ce mariage avant la dissolution du premier, on se trouve en présence d'un empêchement radical, et permanent dans un certain sens, comme celui qui découle de la parenté ou de l'alliance en ligne directe (art. 161), et celui qui résultait autrefois de l'alliance entre beau-frère et belle-sœur (avant la loi du 16 avril 1832) (2). Tous ces empêchements entraînent la nullité du mariage, et le législateur a vu dans leur transgression un tel trouble social, une telle atteinte aux bonnes mœurs et à

1. La femme, comme le mari, pourra se trouver dans cette situation, puisque la loi du 13 juillet 1907 l'a affranchie du délai de dix mois, en lui permettant de se remarier aussitôt après la transcription du jugement de divorce, pourvu qu'il se soit écoulé 300 jours depuis la date du premier jugement, quel qu'il soit, préparatoire, interlocutoire ou au fond, rendu dans la cause ; tout délai se trouve donc supprimé chaque fois que le divorce a été précédé de la séparation de corps (art. 296 modifié).

2. A ces empêchements on pourrait ajouter celui qui dérive de l'adoption (art. 348), de l'abus du divorce (art. 295) et celui qui dérivait, avant la loi du 5 décembre 1904, de la complicité d'adultère (art. 298) ; mais ils sont considérés comme simplement prohibitifs dans l'opinion générale, qui n'admet pas de nullité sans texte.

l'ordre public, qu'il n'a institué aucun moyen de les éviter.

Le contrat de mariage peut-il être valablement fait à une époque où le mariage rencontre l'un de ces obstacles ? La question pourrait paraître oiseuse : le mariage est l'un de ceux que la loi a voulu empêcher à tout prix, mais il peut avoir lieu malgré tout, et alors les conventions matrimoniales jouiront comme lui des apparences, jusqu'à ce que son annulation intervienne et les frappe elles-mêmes au moins de caducité ; on ne pourra les attaquer isolément, car le vice qu'on leur reproche ne vient pas d'elles ; si au contraire le mariage n'a pas lieu, personne ne s'inquiètera du contrat.

Pourtant l'obstacle peut disparaître, et, si le mariage doit ensuite avoir lieu, la question de validité se pose principalement au sujet des conventions matrimoniales, puisque le mariage sera valable. Ce cas sera peu fréquent, car il suppose un changement de législation. Le contrat de mariage fait quelques mois avant ce changement, auquel les parties pouvaient déjà s'attendre, et suivi du mariage sous la nouvelle législation, devrait raisonnablement être de toute façon valable, mais il n'y a pour cela aucune règle absolue.

Si le contrat est fait dans d'autres circonstances, c'est que les parties projettent un mariage illicite ou légalement impossible. Mais encore ont-elles pu ignorer ce caractère : l'erreur, soit de droit, soit de fait, qui les a trompées, préservera leur mariage et par suite leur contrat de mariage dans le passé (art. 201), sans en empêcher toutefois l'annulation ; si elles veu-

lent profiter de la loi nouvelle, et consolider leur union même pour l'avenir, il leur faudra procéder à une célébration itérative, tout comme si le mariage illicite avait été contracté en connaissance de cause.

Enfin la première célébration peut n'avoir été faite que depuis la loi qui a rendu le mariage licite. Une célébration valable pourra-t-elle animer les conventions matrimoniales, surtout lorsqu'une célébration antérieure n'avait pas eu ce pouvoir ? Ont-elles un vice intrinsèque, ou participent-elles seulement de celui du mariage ? C'est ainsi que le problème se pose en pratique, et il est assez embarrassant.

Jurisprudence. — Nous en trouverons les éléments de discussion dans une espèce dont a eu à connaître la Cour de Paris (1). En 1824, un sieur Gandais, devenu veuf de la dame Pauline Dumais, régla avec la demoiselle Gabrielle Dumais, sa sœur, les conventions civiles du mariage projeté entre eux. Les futurs adoptaient la communauté avec exclusion de tous leurs apports,

1. Trib. Seine, 27 nov. 1858 et Paris, 9 fév. 1860. S. 60.2.65 et note ; D. 60.2.73 et note ; J. N. 1860, p. 173 ; discussion sur cet arrêt.

A propos de cet arrêt on a ressuscité une décision de la Cour de cassation du 3 floréal an XIII validant le contrat de mariage d'un religieux qui, marié en 1788 à une époque où sa qualité était un obstacle au mariage, avait fait réhabiliter son mariage, une fois abolies les interdictions tirées des vœux monastiques (loi du 13-19 fév. 1870). Mais cet arrêt décide sur des faits antérieurs au C. civ., l'intérêt principal portait sur une donation à cause de mort, acte qui suivait des règles spéciales, et les époux, en se mariant pour la seconde fois, avaient déclaré ratifier le mariage et le contrat ; il est donc pour nous peu instructif. Merlin, qui le rapporte (Vo Conventions matrimoniales, VI, p. 672-692), donne les conclusions qu'il développa lui-même en faveur du maintien du contrat. Ses arguments nous paraissent vieillis et trop attachés au droit romain. Cependant il en est qu'on a reproduits sans grand discernement au sujet du présent arrêt, notamment en ce qui concerne la règle dite catonienne.

sauf une somme de 2 000 francs pour chacun. Un préciput égal était établi au profit du survivant, et le futur donnait à la future, si elle survivait, une rente de 400 francs. Le mariage suivit : il était nul (art. 162). Survint en 1832 une loi (16 avril) permettant au pouvoir exécutif de lever pour causes graves la prohibition au mariage entre beau-frère et belle-sœur. Les époux Gandais, ayant obtenu des dispenses, firent procéder à une nouvelle célébration en octobre 1832.

Quelques années après, le sieur Gandais mourait, laissant pour toute postérité son fils Gabriel, issu de son premier mariage. Un inventaire fut fait entre lui et la veuve, rappelant le contrat de mariage de 1824 et les avantages qui en résultaient pour elle ; ils signèrent ensuite un règlement d'indivision, également sur les bases du contrat de mariage de 1824. Mais en 1858, la veuve ayant formé contre son beau-fils une demande en partage de la communauté et de la succession, celui-ci opposa reconventionnellement la nullité du contrat de mariage de 1824, comme étant intervenu entre personnes incapables de contracter mariage, d'où il suivait que le mariage de 1832 était régi par la communauté légale, sans avantage pour la veuve.

Le tribunal de la Seine lui donna gain de cause : le contrat de 1824 était nul comme le mariage, pour aller contre la prohibition absolue et d'ordre public de l'article 162, or la première condition pour la validité d'un contrat de mariage et d'une donation à cause de mariage, c'est que le mariage soit « légalement possible » entre les contractants. Ce contrat n'avait été

vivifié ni par la loi nouvelle de 1832, qui n'a pas eu d'effet rétroactif, ni par le mariage de la même année. On ne pouvait pas dire que le fils avait ratifié et volontairement exécuté.

Nullité dans le système du contrat de mariage conditionnel. — Ce système, très strict, confond le contrat de mariage et le mariage dans les prohibitions de la loi lorsqu'elles ont pour résultat de rendre le mariage absolument impossible juridiquement. Il concorde bien avec la théorie du contrat de mariage conditionnel : aux termes de l'article 1172 « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend » ; or le mariage, étant prohibé par la loi, sans distinction, rendra nul, en tant que condition, le contrat qui lui est subordonné.

Pour les donations, il y a bien l'article 900 qui se contente, dans les libéralités, de réputer non écrites les mêmes conditions, mais on pourrait toujours les considérer comme viciées en même temps que le contrat, soit en disant comme le fait la jurisprudence au sujet de l'action paulienne en matière de dot, que la donation en faveur du mariage est un acte à titre onéreux même à l'égard des tiers donateurs (1), soit plutôt en leur appliquant la théorie de la cause impulsive et déterminante en matière de libéralité.

1. Cass., 25 fév. 1845. S. 45. I. 417 ; 11 nov. 1878. S. 80. I. 28. C'est d'ailleurs un point de vue absolument faux (Planiol, 2^e éd., III, nos 850, 854 et 885).

tés (1) : le mariage illicite, étant cette cause, les rendrait nulles d'après l'article 1131.

Cet argument de la cause illicite pourrait même être invoqué contre le contrat de mariage tout entier, comme il l'a été en appel dans l'espèce qui précède ; mais, de même que pour la condition, il resterait à savoir si cette cause doit être licite en tant que projet de mariage dès le moment où le contrat est formé, ou seulement au moment où elle devient un mariage effectif.

En effet les partisans du contrat de mariage conditionnel, même admettant que le contrat subordonné à un mariage légalement impossible est nul, se divisent entre deux systèmes dont les conclusions sont bien différentes.

Le premier (2) n'admet aucun tempérament : le contrat, nul dès l'origine, reste tel malgré la loi qui a pu postérieurement rendre le mariage licite : en reconnaissant un acte fait sous une condition légalement impossible au moment du contrat, comme valable quand l'impossibilité légale vient à cesser, on donne rétroactivement l'existence à un acte qui a été nul dès le principe d'après l'article 1172. Or, quand la loi détermine les conditions d'existence d'un contrat, ce n'est pas à une époque plus ou moins éloignée qu'elle se réfère, mais au moment où le contrat est arrêté.

1. Cass., 3 juin 1863. S. 64. 1. 29 ; D. 63. 1. 429, suivi de nombreux arrêts dans le même sens : Cass., 8 mai 1901. S. 02. 1. 8. D. 02. 1. 220.

2. Il est développé, en note sous l'arrêt dans Dalloz, longuement et avec l'appui de textes romains qu'il est inutile de reproduire : ils prouvent parfois plus qu'il ne faudrait.

La condition est peut-être devenue licite entre le contrat de mariage et le mariage, mais par l'effet d'une loi qui ne devait pas entrer dans les prévisions des parties, et non par un événement sur lequel elles pouvaient compter, tel que la concession de dispenses. C'est l'application du principe appelé improprement la règle catonienne : *Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*. L'étendue d'application de cette règle est déjà contestée en droit romain et il n'est pas sûr qu'elle subsiste dans notre droit actuel (1). Mais elle est logique pour les nullités absolues : le législateur dans tous les temps a la prétention de ne rien faire de déraisonnable quand il édicte une prohibition formelle comme celle qui dérive du caractère incestueux du mariage. A moins de substituer à la loi un droit naturel différent pour chacun, il faut réputer contraire aux bonnes mœurs ce que la loi défend actuellement dans leur intérêt.

Ce raisonnement est exact étant donné son point de départ, et sans qu'il soit nécessaire d'invoquer les règles du droit romain : si le contrat est nul à l'origine, il ne cesse pas de l'être, et devrait être confirmé par les intéressés par un acte fait dans la même forme (art. 1396), ou être refait complètement. Mais il y a là une sévérité excessive : à supposer que le mariage n'ait été célébré que sous la loi qui l'autorise, le contrat

1. Elle n'existait d'une façon certaine que pour les legs qui, pour être valables, devaient être susceptibles de produire leur effet si le testateur était mort au moment du testament. Même dans ce domaine, elle a disparu sans aucun doute dans notre droit.

sera cependant frappé d'une nullité principale indépendamment du mariage qui est la cause de cette nullité ; et si le mariage, contracté de bonne foi sous la législation prohibitive, est ensuite annulé, le contrat ne pourra recevoir son exécution, même comme effet civil d'un mariage putatif.

Validité du contrat dans le même système. — Aussi certains auteurs (1) admettent-ils que le contrat devient valable lorsque le mariage devient licite. La règle *quod ab initio*... ne concerne pas les stipulations conditionnelles, et particulièrement pas le contrat de mariage : le contrat atteint d'une nullité qui a son principe dans le vice dont le mariage lui-même se trouve infecté, devient valable du moment où le vice disparaît. Sans doute, lorsque le mariage est nul à raison du lien de parenté qui existe entre ceux qui l'ont contracté, les conventions matrimoniales sont atteintes d'une nullité d'ordre public : cette nullité est irréparable tant que la prohibition du mariage qui en est la cause subsiste ; mais, du moment où cette cause s'évanouit, l'ordre public n'est plus en jeu et la nullité n'a plus de raison d'être. On ne comprendrait pas qu'elle pût disparaître à l'égard du mariage, et continuer à frapper le contrat, qui n'a été atteint que par voie de conséquence.

Ce système indique bien les objections contre le système inverse, mais il n'est pas lui-même très solide. Pour écarter en matière de contrat de mariage l'ap-

1. Note Dutruc sous l'arrêt dans Sirey.

plication de la règle *quod ab initio...*, on se contente de l'opinion de Cujas simplement reproduite par Merlin (1), et de celle de Troplong (2).

Or, Troplong a des théories trop personnelles sur l'indivisibilité du contrat de mariage et du mariage pour qu'il soit possible de se réclamer de lui. Quant à Cujas (3), après avoir trouvé dans les textes romains que la « constitution dotale » est conditionnelle, il dit qu'elle n'a donc son effet que par le mariage qui la suit ; et encore faut-il que ce mariage soit valable : un mariage nul ne remplirait pas la condition ; mais il ne la ferait pas non plus faillir, et il est toujours libre à la partie en faveur de laquelle la dot a été promise, de remplir cette condition en contractant un mariage valable.

Quand il parle ainsi, Cujas semble ne penser qu'à un mariage dont l'irrégularité peut être évitée, puisqu'il dit que la personne dotée pourra toujours recueillir la dot en contractant un mariage valable, ou alors il suppose une constitution de dot faite d'une façon générale pour un mariage quelconque, en vertu de l'obligation de doter qui incombait aux parents dans les pays de droit écrit comme en droit romain.

Mais si le contrat de mariage est vraiment conditionnel, comme il est fait en vue d'un mariage déterminé, ce mariage, étant légalement impossible, doit vicier le contrat (art. 1172). C'est ce qu'on oublie trop

1. V. Merlin, V^o Conventions matrimoniales, VI, p. 372-392.

2. *Tr. du cont. de mariage*, I, n^o 93.

3. *Quæstiones papinianæ*, liv. 10 sur la loi 68. *De jure dotium*.

volontiers, car, après avoir posé le principe que le contrat est conditionnel, pour pouvoir invoquer l'opinion de Cujas et de Merlin, on dit qu'il est parfaitement régulier en lui-même, et ne s'est trouvé nul qu'à raison de la prohibition du mariage. Nul si le mariage est atteint de nullité, le contrat de mariage doit valoir au contraire si le mariage vient à être validé. Ici, dit-on, l'indivisibilité entre le mariage et les conventions matrimoniales existe sans restriction.

On ne peut pas ainsi se fonder sur la théorie de la condition, et l'abandonner ensuite pour une autre, qui conduit à des résultats différents; c'est donc qu'elle est insuffisante et fausse, appliquée aux conventions matrimoniales. En outre de l'indivisibilité, que rien ne démontre, on a fait valoir d'autres considérations plus exactes, mais qui ne soutiennent pas davantage si le mariage est une condition.

Pendant le mariage nul, a-t-on dit plus exactement, les effets du contrat ont été paralysés, mais non irrévocablement détruits; il a, si l'on peut dire, sommeillé; il a attendu le perfectionnement qui lui manquait. La nullité disparaissant, il a repris toute sa force, il a reçu ce perfectionnement. Les époux n'ont donc pas à le faire revivre par une convention nouvelle, il n'a point cessé d'exister, au moins d'une manière latente.

Explication de la validité du contrat. — Il n'y aurait rien à ajouter à cette remarque, pour expliquer que le mariage valable puisse faire entrer en vigueur ce contrat, dont la validité doit être envisagée d'une façon indépendante. Son efficacité, n'est que d'em-

prunt : elle ne sera possible que si un mariage valable la lui apporte, elle manquera s'il est nul. Mais le contrat dressé en vue d'un mariage prohibé pour cause de bigamie ou d'inceste d'une façon absolue, ne blesse pas, comme on le prétend, la morale publique, c'est seulement le mariage : en effet, jusqu'à la célébration, le contrat est en quelque sorte un acte abstrait, non pas au point de vue des futurs époux qui y sont nommés, mais quant au mariage et aux conditions dans lesquelles il s'effectuera. Cela est vrai non seulement du contrat entre personnes dont l'union serait un inceste, mais aussi de celui qui est passé entre personnes dont l'une est encore mariée.

Nous avons dit ailleurs, il est vrai, que la signature du contrat est une partie de la conclusion du mariage lui-même, dont il constitue la charte pécuniaire. Mais il n'est pas pour cela altéré par les vices qui frappent le mariage. Les parties y déterminent par leurs libres conventions les effets du mariage au point de vue des intérêts comme la loi les détermine d'une façon invariable sous les autres rapports. Mais, pas plus que les effets légaux, ces effets conventionnels ne deviennent pas impossibles ou illicites parce qu'ils ont été fixés en prévision d'un mariage légalement impossible : ils pourront toujours se produire sous un mariage valable.

Une objection se présente encore si l'on dit que le contrat de mariage, au lieu d'être fait sous condition,

est fait avec un terme incertain, au moins dans la pensée des futurs époux (1). Quand ils signent ce contrat, ils ont en perspective un mariage prochain, auquel seul il se rapporte : il ne vaut plus pour le mariage valable s'il a été précédé d'un mariage nul. Mais nous reprendrons ici une distinction déjà faite entre l'acte juridique et l'instrument de preuve. Le premier peut être caduc, le mariage n'ayant pas eu lieu dans le délai prévu ; mais l'écrit demeure, et les parties, si elles persistent dans les stipulations qu'il renferme, peuvent toujours s'y référer. Il ne reste alors qu'une question d'intention ; or si les époux, sans faire annuler leur mariage, le font célébrer de nouveau sans faire de conventions matrimoniales, il est probable qu'ils ont voulu continuer à observer celles qui jusqu'alors les ont régis en fait. Les donations faites par des tiers subsisteront tant que le mariage ne sera pas annulé, et même après l'annulation, si un mariage valable réalise la condition.

Discussion des motifs de l'arrêt. — Notre opinion se trouve en opposition avec celle qui est consacrée dans le jugement du tribunal de la Seine qui est le thème de cette discussion. Ce jugement d'ailleurs fut réformé par la Cour de Paris, mais elle semble hésitante dans sa décision, et s'appuie sur des motifs multiples, de valeur inégale. La veuve, dont le contrat de mariage avait été annulé en première instance, avait interjeté appel, prétendant que le mariage de 1824 devait produire en sa faveur les effets civils résultant du contrat qui l'avait précédé, parce qu'elle

l'avait contracté de bonne foi ; qu'en tous cas le contrat était valable parce que le mariage régulièrement célébré en 1832 lui avait rendu ses effets.

La Cour lui donne entièrement raison (1) et répond sur ces deux chefs de conclusions : nous ne savons lequel a emporté sa conviction. Comme la nullité du mariage n'était demandée qu'après sa dissolution, il suffisait que la Cour le déclarât putatif pour que le contrat reçût son entière exécution. C'est ce qu'elle décida relativement au premier moyen. Mais, vis-à-vis de ce mariage putatif, comme vis-à-vis du mariage valable, il fallait, selon nous, que le contrat fût valable en lui-même.

Au sujet de ce second moyen, la Cour répond qu'on distingue avec raison, quant à la capacité relative au contrat de mariage, entre celle des contractants au moment de ce contrat, et celle qu'ils ont au jour de la célébration du mariage ; « qu'il suffit pour la régularité du premier acte, que les signataires aient la capacité nécessaire aux engagements qu'ils souscrivent sur les intérêts que cet acte a pour but de ré-

1. La loi du 16 avril 1832 a fait surgir une difficulté semblable relativement à la légitimation. La Cour de Paris (20 juillet 1867, *La Loi*, 28 juillet 1867) a jugé sur renvoi après la Cour de cassation (22 janvier 1867, *La Loi*, 31 janvier 1867) que les enfants nés d'un commerce incestueux avant la loi de 1832 pouvaient être légitimés par un mariage contracté avec dispenses conformément à cette loi. Cette sentence est fortement critiquée par M. Bressoles (*Rev. crit.*, 1867, XXX, p. 193 et suiv., XXXI, p. 208 et suiv.) mais il la conteste même indépendamment de la loi de 1832, c'est-à-dire écarte la légitimation même pour les enfants de personnes qui lors de la conception pouvaient espérer se marier avec dispenses.

gler, pourvu que la capacité spéciale exigée pour le mariage leur soit acquise au jour de la célébration ; ... que le contrat de mariage n'est, en effet, qu'un engagement synallagmatique de faire, et que la réalisation de cette promesse au jour où les contractants ont capacité pour l'accomplir entraîne la sanction de l'engagement et la nécessité d'en exécuter les conditions ».

Cette considération justifiait assez l'arrêt, encore qu'on n'y voie pas très bien la distinction entre la validité du contrat et son efficacité : c'est seulement en principe pour celle-ci que la capacité de se marier est nécessaire, ne fût-ce qu'au moment du mariage ; à son défaut, le contrat reste valable, virtuellement.

Mais la Cour entre ensuite dans des comparaisons contestables. Elle rejette avec raison l'assimilation du contrat de mariage signé entre beau-frère et belle-sœur avant 1832 avec celui que signe un individu en état de démence, mais elle prétend trouver une différence aussi entre celui-là et celui qu'un époux, du vivant de son conjoint, souscrit avec une autre personne. Ce dernier, dit-elle, n'est pas sérieux, « ... ni l'une ni l'autre des parties ne peut soutenir l'avoir souscrit de bonne foi ; il est contraire à une règle de morale publique qui ne peut changer ni par le bénéfice du temps ni par une modification législative ».

Ces raisons devraient être alors aussi exactes pour le contrat signé entre des personnes dont l'alliance constitue contre leur mariage un empêchement insurmontable, et fondé aussi sur la morale publique. La Cour semble considérer comme nulle contrat signé par une

personne mariée : or ce contrat, quoiqu'elle en pense, a pu devenir valable, conforme sinon à la morale publique du moins à la loi du 19 juillet 1884 : selon nous, il peut être valable dès l'origine, sauf à être privé d'effets.

Enfin la Cour observe « que les règles législatives qui gouvernent le mariage sont toutes spéciales par la nature même des faits auxquels elles s'appliquent, que l'ensemble des dispositions de la loi repose évidemment sur une résolution de maintenir autant que possible ;... que même au cas où l'annulation est prononcée, la loi entend que les effets du mariage soient maintenus... ». C'est un argument sans consistance, et qui s'applique surtout au mariage ; on en déduit cependant que « ce serait s'éloigner volontairement de cette pensée de la loi que d'annuler sans une disposition impérative le contrat en présence du mariage régulier... »

Conclusion. — Nous concluons donc que, sauf en ce qui concerne le mineur, visé par un texte formel (art. 1398), il n'y a aucun rapport entre la validité du contrat de mariage et la capacité de contracter mariage, soit qu'on envisage cette capacité au sens étroit, c'est-à-dire comme désignant l'aptitude de chaque personne à se marier, soit qu'on y implique la possibilité de se marier spécialement avec la personne désignée au contrat. La validité des deux contrats doit être envisagée isolément, et, de même que la validation du mariage après coup est sans force pour restaurer le contrat infecté d'un vice propre,

fût-il le même que celui du mariage, de même le contrat dressé en vue d'un mariage illicite ou légalement impossible, suivi même d'un pareil mariage, reste valable et peut s'exécuter le cas échéant d'un mariage régulier.

SECTION III

Influence d'une seconde célébration d'un même mariage ou de la célébration du mariage dans certaines conditions sur les conventions matrimoniales.

Jusqu'ici nous avons pu parler en général des mariages faisant l'objet d'une deuxième célébration entre les mêmes personnes, sans distinguer selon que la justice a eu ou non à prononcer sur le mérite de la première. En effet, il importait d'abord de savoir si le contrat, fait à une époque où le mariage lui-même serait nul, est atteint par cette nullité. Puisqu'elle ne le vicie pas, il pourra, comme tout contrat de mariage valable, s'exécuter sous un mariage valable quel qu'il soit.

Mais le point de départ de cette exécution pourra être douteux dans le cas où le mariage, n'ayant fait l'objet d'aucune annulation, a cependant été renouvelé entre les mêmes personnes devant l'officier de l'état civil. Pour fixer ce point de départ, deux dates sont possibles : celle du second mariage, mais aussi celle du premier, qui garde provisoirement sa valeur apparente.

D'autres questions encore peuvent apparaître, que nous étudierons après avoir traité des secondes célébrations de mariage, et recherché de quelle façon elles sont obtenues.

§ 1. — *Nouvelle célébration d'un mariage
non annulé.*

Les époux peuvent désirer une nouvelle célébration de leur mariage, non seulement dans tous les cas où il a eu lieu au mépris d'un empêchement dirimant qui leur fait craindre soit l'un de l'autre, soit de la part des tiers, une demande en nullité, mais encore lorsque c'est la célébration qui a été irrégulière par suite de sa clandestinité ou de l'incompétence de l'officier de l'état civil, car ils courent le même danger.

Il n'est pas douteux que cette réparation puisse être apportée lorsque le mariage a été déféré à la justice, qui a prononcé la nullité : même déclaré putatif, ce mariage a cessé de produire ses effets, et, pour l'avenir, plus rien ne subsiste. Mais si les tribunaux n'ont pas été saisis, la nullité peut cependant exister d'une façon plus ou moins certaine.

Si c'est une nullité relative, comme elle peut se couvrir dans un temps assez court (art. 181 et 183), au lieu de réitérer le mariage, il sera plus simple pour les époux de laisser provisoirement durer le *statu quo* jusqu'à l'expiration de ce temps quand celui qui a l'action n'a pas l'intention d'en user, ou, lorsque c'est le consentement des ascendants qui fait défaut, de leur demander leur approbation (art. 183). Le mariage étant vicié pour impuberté, on pourra encore éviter, en même temps que l'annulation, la nécessité

d'une nouvelle célébration, en laissant passer le délai fixé par l'article 185.

Au contraire, dans les cas de mariages juridiquement impossibles, qu'une législation nouvelle ou l'obtention de dispenses a rendus possibles, les époux, pouvant craindre que le ministère public, ou des tiers, ou même le conjoint, n'attaquent le mariage, ont avantage à faire procéder à une célébration nouvelle, qui sera le point de départ d'une période dans laquelle ils auront toute garantie. Il en est de même si l'un des époux, en se mariant, était déjà dans les liens d'une précédente union : son premier conjoint venant à décéder, le second mariage deviendrait licite, juridiquement possible, mais pour l'avenir seulement, et moyennant une nouvelle célébration, car le mariage issu de celle qui a eu lieu est nul comme au premier jour, et le ministère public pourrait toujours faire condamner les époux à se séparer (art. 190).

La nécessité d'une nouvelle célébration peut encore se faire sentir lorsque le mariage, qui ne viole au point de vue des personnes unies aucune règle, s'est effectué dans une forme irrégulière, sans la publicité requise, ou devant un officier de l'état civil incompetent. Cependant dans ce cas, la nullité n'est pas de droit (art. 165 et 193 comb.), et les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation pour rechercher si elle est motivée par la gravité de l'infraction aux prescriptions légales. Mais les époux ont encore avantage à consolider leur union. Ce cas est même le plus fré-

quent, celui dont la jurisprudence offre le plus d'exemples.

Possibilité d'une seconde célébration. — L'officier de l'état civil n'est pas obligé d'obtempérer sans discussion à la requête qui lui est adressée (1) : sur le vu des pièces, il vérifiera si elle offre une apparence de fondement, et quand il en sera ainsi, il pourra procéder sans autre formalité à la célébration nouvelle : rien ne semble s'y opposer, sinon le danger de multiplication de pareilles célébrations, qui jetteraient le trouble dans les relations en laissant indécis le point de départ des effets du mariage, et notamment des conventions matrimoniales.

Mais, quand l'officier de l'état civil aura des doutes, il pourra juger plus prudent de s'abriter derrière une décision de justice : il se laissera donc assigner devant le tribunal qui lui ordonnera de passer à la célébration ou jugera sa résistance fondée, sans décider toutefois sur la validité du mariage. La jurisprudence a déjà statué dans ces conditions.

Cependant un arrêt très connu de la Cour de cassation (2), conforme à l'arrêt attaqué de la Cour d'Angers, se sépare des autres décisions, mais en apparence seulement. Le sieur de Girardin, condamné à mort par contumace, et exécuté par effigie le 15 février 1834, ne s'étant pas représenté au bout de cinq ans, sa condamnation était devenue définitive ;

1. V. pour une espèce voisine, Paris, 6 avril 1869. S. 70. 2. 178.

2. Angers, 21 août 1840. 5. 40. 2. 371. — Cass., 31 juillet 18 0. S. 50. 1. 672.

la mort civile qui en était la conséquence, avait brisé son mariage. Il ne quitta cependant jamais sa femme. L'amnistie ayant été accordée en 1840 à tous les condamnés de sa catégorie, les deux époux conçurent des doutes sur leur état, et demandèrent conjointement qu'il fut procédé à un mariage nouveau, ce que refusa l'officier de l'état civil.

Le tribunal d'Angers ordonna la célébration, mais le maire fit appel, et la Cour jugea les intimés non recevables à contracter un mariage nouveau ; elle fut approuvée par la Cour de cassation. Mais elle avait constaté d'abord que le mariage originaire avait conservé toute sa valeur ; une célébration nouvelle était donc sans objet. Sur ce point son opinion différait de celle du tribunal. Il importait de savoir à partir de quelle époque la mort civile devait se produire : était-ce à l'expiration des cinq ans donnés au contumax pour se présenter, ou des vingt ans, délai de prescription visé par l'article 476 du Code d'Instruction criminelle ? Ce dernier délai étant adopté, une seconde célébration perdait toute utilité.

Mais lorsque la nullité du mariage est vraisemblable, la jurisprudence admet en principe le procédé d'une seconde célébration. C'est d'abord en Belgique, la Cour de Gand (1). Deux personnes se marient

1. 27 mai 1851, D. 1853.2.220. V. sur cet arrêt Coin-Delisle dans la *Rev. crit.*, 1854, V, p. 212. En sens contraire, le tribunal d'Anvers a décidé (20 oct. 1900. *Pasicr.*, 01.3.70) qu'en l'absence de toute contestation, il n'appartient pas aux tribunaux de donner, par la voie gracieuse, aux particuliers, l'autorisation de se présenter devant l'officier de l'état civil pour y contracter mariage.

devant l'officier de l'état civil du lieu de naissance de l'un d'eux, où il croit à tort avoir conservé son domicile d'origine. Trois ans après, craignant une contestation sur la validité du mariage, ils assignent l'officier de l'état civil de leur vrai domicile pour se voir autoriser à procéder, avec son concours, à une nouvelle célébration de leur mariage, après l'accomplissement des formalités prescrites. A l'audience, le défendeur déclare s'en rapporter à la justice.

Le tribunal ayant rejeté la demande sans déclarer si le premier mariage est valable ou nul, les époux portent l'affaire devant la Cour de Gand qui, « sans néanmoins entendre en rien statuer sur la validité dudit mariage..., ordonne à l'intimé, en sa qualité..., de procéder à une nouvelle célébration du mariage entre les époux ». Les demandeurs, ayant intérêt à prévenir le danger qu'un jour le mariage soit argué de nullité puisqu'il est constaté que l'officier de l'état civil était incompétent, ont droit de requérir une nouvelle célébration devant un officier de l'état civil compétent, afin qu'elle « serve à confirmer la première ou à y suppléer si celle-ci doit être considérée comme nulle ».

En l'absence d'aucun texte de loi qui interdise cette célébration, il convient de consulter l'ancienne doctrine et les traditions. Or une ordonnance du roi du 15 juin 1697 (1) enjoint aux procureurs de Sa Majesté de poursuivre d'office la « réhabilitation »

1. *Code matrimonial*, p. 197.

des mariages nuls pour avoir été célébrés devant un ministre incompetent (autre que le propre curé). D'ailleurs le mariage, l'acte le plus solennel de la vie civile, ne fait pas exception parmi les conventions entachées de quelque irrégularité, qui peuvent être refaites et remplacées par des conventions nouvelles.

Ce dernier argument ne semble pas irrésistible à première vue. Il est vrai qu'en général un acte irrégulier peut être refait et remplacé par un nouveau, mais tout acte ne suppose pas comme le mariage l'intervention de la puissance publique. Le mariage intéresse l'état des personnes ; il est donc soustrait à la libre convention des parties lorsqu'il a été une fois célébré. Contre les nullités relatives dont il peut être frappé, la loi a institué des fins de non-recevoir reposant sur l'idée de confirmation, mais les règles ainsi établies sont exceptionnelles et diffèrent de celles qui régissent la confirmation des autres actes. La confirmation est acquise tacitement dans un délai assez court (art. 181 et 183), mais il semble qu'elle ne peut pas être faite expressément par les époux avant ce délai (1). Lorsque la nullité est absolue, leur renonciation ou confirmation, fût-elle possible, serait encore inefficace, les tiers gardant leur liberté d'agir.

Cependant, que la nullité soit relative ou absolue, la loi n'a posé aucune restriction en ce qui concerne

1. Planiol, 2^e éd. III, n^o 408 et 419. Il y a aussi une fin de non-recevoir fondée sur le temps contre l'action en nullité dérivant de l'impuberté (art. 185) ; cette nullité n'en est pas moins absolue, bien qu'on en ait douté, à raison de son caractère temporaire (*ibid.*, n^{os} 347).

une deuxième célébration : grâce à elle, le mariage ne sera pas confirmé, c'est-à-dire considéré comme valable dès l'origine, mais vaudra seulement comme acte nouveau. On ne peut, en l'absence de texte, rejeter complètement cette manière de procéder, malgré le caractère d'ordre public attaché à tout ce qui touche au mariage : son maintien ou son annulation importe, indépendamment des époux, aux tiers à cause des conventions matrimoniales, et aux enfants, dont il sert à déterminer la filiation ; mais le droit des tiers est conservé malgré la seconde célébration.

Les époux veulent se mettre en garde, au moins pour l'avenir, contre l'action en nullité, qui que ce soit qui l'intente. Si leur conduite paraît impliquer la nullité du premier mariage, pourtant cette question reste entière quant au passé. Sans cette ressource, les époux, qui cherchent à éviter une annulation possible, seraient obligés au contraire, pour dissiper leurs doutes, de poursuivre eux-mêmes cette annulation. Si, tout en s'abstenant d'agir, ils font faire une seconde célébration, le mariage pourra, n'étant pas non plus attaqué par les tiers, produire ses effets du jour même de la première.

Toutefois, s'il est parfois préférable que la seconde célébration ait lieu sans l'exercice préalable de l'action en nullité, il est à souhaiter qu'elle ne soit opérée qu'à bon escient, à cause des perturbations qu'elle peut engendrer. Sauf lorsque la nullité est manifeste, et ne suppose pas, comme au cas de clandestinité ou d'incompétence, un pouvoir d'appréciation laissé aux

juges, l'officier de l'état civil agira prudemment en attendant une décision de justice, qui nécessitera un examen au moins sommaire de la validité du mariage.

Les parties demandaient, dans l'espèce, d'être autorisées à faire de leur mariage une nouvelle célébration avec le concours de l'officier de l'état civil qui, sans doute, n'avait pas voulu procéder à cette célébration sous sa responsabilité : il s'agissait bien, semble-t-il, d'un jugement convenu, par lequel il voulait être couvert. Le tribunal avait opposé un refus parce que, dans l'hypothèse éventuelle de validité du contrat, son intervention était inutile, et que, si l'acte était susceptible de ratification, celle-ci pouvait avoir lieu sans lui.

La Cour, au contraire, répondit que son intervention était indispensable pour guider les parties dans la voie à suivre, et que le concours requis de l'officier de l'état civil, ne pouvait, en présence d'un mariage existant et valable en sa forme apparente, être fourni qu'avec l'autorisation du juge. Il était prudent pour l'officier de l'état civil de se munir de cette autorisation, mais était-ce bien une nécessité absolue ?

Quant à la raison historique, peu probante, en matière de mariage moins encore qu'en matière de contrat de mariage, elle est particulièrement vaine ici. D'abord elle ne vaudrait que pour les mariages viciés par l'incompétence. Mais en outre, l'ordonnance de 1697, qui n'a pas été reproduite, avait une raison d'être spéciale, dans l'ancien droit. Le renouvelle-

ment des mariages célébrés devant un prêtre autre que le propre curé était fréquent, il était même prescrit ; mais, canoniquement, la présence du propre curé ou sa permission était de l'essence du sacrement. Ainsi il était naturel, l'état civil étant aux mains du clergé, qu'un mariage fût réhabilité par le propre curé : jusque-là il n'y avait pas eu sacrement ; notre législation au contraire n'attache pas une telle importance à l'incompétence de l'officier de l'état civil, et ne lui attribue pas toujours un effet irritant (art. 193).

En France, la Cour de cassation (1) a eu à apprécier la légitimité de la seconde célébration, que les parents du mari prétendaient empêcher en faisant opposition sur le fondement d'un premier mariage célébré en Suisse.

La Cour d'Orléans, d'abord saisie, avait donné mainlevée de cette opposition «... Attendu, sans qu'il soit besoin de rechercher si le mariage... a été célébré dans les formes helvétiques, qu'il est manifeste que, dans l'intention d'agir en fraude de la loi française et de se soustraire à l'obligation... de faire des publications, et d'obtenir le consentement de ses père et mère ou d'y suppléer,.. (le mari) après un court séjour dans la paroisse... s'y est marié le... ; qu'un tel mariage... justifie la crainte... que plus tard il ne devienne l'objet d'une attaque en nullité, nullité qui fait même de la part des époux... (père et mère du

1. Orléans, 26 août 1871. S, 72. 1. 145 et Cass. 24 juillet 1872. S. 72. 1. 330.

mari) l'objet de réserves expresses ; attendu qu'il n'y a pas lieu, dès lors, d'ordonner le sursis... jusqu'à ce qu'ils aient fait statuer sur la validité ou l'invalidité du mariage ; qu'en effet, si la demande en nullité du mariage était accueillie, rien n'aurait mieux justifié la nécessité du mariage itératif... ; que si elle était rejetée... (le mari) n'en serait pas moins réduit à douter de la validité de son mariage... (1) ».

La Cour de cassation, en rejetant le pouvoir, donne des motifs semblables, et ajoute « que les questions relatives à la date des conventions matrimoniales ne sauraient être un obstacle à ce renouvellement... »

Inconvénients. — Ces demandes afin de procéder à une nouvelle célébration d'un mariage ne sont pas en effet sans inconvénient. Qu'elles soient accueillies favorablement ou rejetées, elles ne constituent pas un préjugé assez fort pour prévenir une demande ultérieure en nullité du mariage, car, encore que la décision se base sur cette nullité, elle ne peut le faire que dans les motifs, qui n'ont pas autorité de chose jugée.

Toutefois, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler de l'état des personnes, et que la cause ne soit pas de plein droit communicable au ministère public, il pourra en prendre connaissance soit de sa propre initiative, soit sur l'invitation du tribunal (art 83 Cpr.

1. On admet que le jugement prononçant la nullité d'un mariage a autorité de chose jugée vis-à-vis de tous ; celui qui la rejette ne s'impose au contraire qu'aux parties en cause, toutes les fois qu'il y a d'autres personnes qualifiées pour attaquer le mariage (V. Planiol, 2^e éd. III, n^o 429).

civ., dern. al.), ce qui lui permettra non seulement de fournir des conclusions, mais d'intenter l'action en nullité elle-même s'il le juge opportun. D'ailleurs, comme nous l'avons vu dans l'espèce qui précède l'exercice de cette action ne suffirait pas à faire surseoir au jugement sur la question du renouvellement du mariage.

Lorsqu'aucune action en nullité n'a été intentée, il planera un doute regrettable sur tout l'intervalle qui sépare les deux célébrations : on ne saura pas si les époux ont été mariés pendant ce temps, si leur régime matrimonial a pu fonctionner. En outre, quand les époux, persuadés de la nullité de leur premier mariage, auront jugé bon de faire de nouvelles conventions matrimoniales, il y aura un conflit entre celles-ci et les précédentes, conflit que pourrait seule faire cesser une décision sur la validité de ce mariage. Mais les époux ont même pu demander une célébration nouvelle dans le seul but de déroger à un contrat de mariage immuable, comme ils pouvaient essayer de légitimer par ce moyen un enfant naturel qui n'avait pu l'être lors de la première union, n'étant pas encore reconnu. (1)

§ 2. — *Conséquences de la seconde célébration
quant aux conventions matrimoniales.*

Malgré le préjugé qu'on serait tenté de tirer du

1. Ce cas s'est présenté en jurisprudence : V. Orléans 14 avr. 1886. S. 86. 2. 191, sur renvoi de Cass. civ. 20 avr. 1885. S. 86. 1. 313, et note Planiol, *Rev. crit.* 1887, p. 716.

fait de la nouvelle célébration ou du jugement qui l'a ordonnée, le premier mariage subsiste toujours, avec les conventions matrimoniales et les donations qui s'y rattachent ; elles ne seraient caduques que si le mariage avait été annulé, et ceux qui pourraient y trouver la source de leurs droits ou un meilleur moyen de les défendre, sont encore fondés à s'en prévaloir. Bien plus, les conventions qui ont précédé la deuxième célébration sont nulles jusqu'à nouvel ordre comme contraires au principe de l'immutabilité.

La Cour de cassation en a ainsi décidé dans un arrêt ancien (1), mais qui n'a rien perdu de son autorité. En 1807, un officier, se trouvant en Prusse avec son régiment, y avait contracté mariage suivant les formes locales avec une femme du pays, mais sans passer aucun contrat pécuniaire. Puis, ils avaient vécu Strasbourg comme mari et femme. En 1818, supposant que leur mariage était nul parce qu'il n'avait pas été entouré des formalités prescrites, ils en contractèrent un nouveau, non sans avoir fait dresser un contrat contenant exclusion de communauté, et reconnaissance d'un apport de 70.000 francs au nom de la femme.

Mais en 1821 un jugement ayant prononcé la séparation de biens, le mari cédait tous ses biens à sa femme, à valoir sur les reprises de cette dernière, aux termes d'un acte de liquidation. Des créanciers, por-

1. Colmar, 25 janv. 1823 et Cass., 23 août 1826. S. chr. et D. Rép. V^o Contr. de mariage, n^o 386, note 2.

teurs d'obligations à eux consenties en 1820 par le mari, formèrent opposition au jugement de séparation de biens demandant la nullité du contrat de 1818 comme fait en fraude de leurs droits, et l'application du régime de communauté à défaut de contrat lors du mariage de 1807.

La Cour de Colmar, puis la Cour de cassation déclarèrent le premier mariage valable, et par suite nulles les conventions matrimoniales. « Attendu... que si le mariage et les conventions matrimoniales règlent les droits des époux, ils règlent également les droits des tiers qui peuvent contracter avec eux ; ... que si, pour déclarer cette nullité (des conventions matrimoniales), la Cour royale a été obligée de se prononcer sur la validité ou l'invalidité des deux mariages, c'est par la faute des époux qui, en demandant la nullité du premier et en excipant de la validité du second, ont mis cette Cour dans la nécessité de se prononcer sur la validité du premier... ». Comme conséquence, le jugement de séparation de biens était réformé, en ce qu'il attribuait à la femme la reprise de ses prétendus apports, et l'inventaire, la liquidation et la cession se trouvaient annulés à l'égard des créanciers.

Plus récemment, dans une espèce presque identique, la Cour de cassation (1) a statué dans le même sens. Il s'agissait moins d'une question d'état que d'un simple incident dans une procédure d'ordre, comme le constate la Cour de Lyon pour établir sa compé-

1. Lyon, 28 fév. 1880 et Cass., 14 déc. 1880. S. 81. 1. 349. D. 80. 1. 310.

tence (1), mais il fallait se prononcer pourtant sur la validité du mariage.

Les époux, mariés d'abord à New-York en 1858 sans stipulation de dot, puis de nouveau en France en 1872 sous prétexte que les publications avaient été omises, avaient un ménage peu prospère, puisque la femme avait obtenu la séparation de biens, et que les immeubles du mari étaient vendus, puis un ordre ouvert sur le prix en provenant. La femme avait été colloquée en vertu de son hypothèque légale pour le montant d'un apport fait par elle dans le contrat qui avait précédé le mariage de 1872. Mais des créanciers hypothécaires élevèrent un contredit, soutenant que le mariage de 1858 devait seul régler l'ordre ; et ils eurent gain de cause.

Le contrat, fait après le mariage, était contraire à l'article 1395, et ne pouvait tout au plus valoir que comme donation entre époux pendant le mariage ; envisagé à ce point de vue, il n'attribuait à la femme qu'un droit de créance contre son mari, droit éventuel, réductible suivant l'état de la succession de son mari, ne pouvant conférer hypothèque ou dans tous les cas conférant une hypothèque qui n'aurait rang que du jour de l'inscription, comme une créance ordinaire.

On pourrait discuter même sur cette interprétation du contrat de mariage comme une donation, qui d'ailleurs n'est faite que par le tribunal de première ins-

1. Les questions d'état introduites par action principale devaient être jugées en audience solennelle de la Cour.

tance. Mais il est certain aussi qu'on ne pas permettre aux époux, gênés par leurs conventions matrimoniales, ou se repentant de n'en avoir point fait, en alléguant une annulabilité plus ou moins problématique, de se mettre, au prix d'une nouvelle célébration du mariage, sous la loi qui leur plaira, et de se créer des propres, avec la garantie de l'hypothèque légale s'il s'agit de la femme.

L'action intentée n'était pas une action en nullité du second mariage ; la nullité n'était fondée sur aucun article, elle ne pouvait être prouvée directement, et pour vrai dire, la deuxième célébration était plutôt inutile, inefficace, que nulle. La Cour de Lyon rectifie sur ce point l'appréciation du tribunal, qui avait faussement appuyé le droit des créanciers sur l'article 184 ; elle le justifie en déclarant que les créanciers ont bien le droit de dire : « les époux se sont mariés deux fois ; je prouve, et c'est mon intérêt, que le premier mariage est valide, ce qui entraîne la nullité du deuxième. » Ils n'intentaient donc même pas une action en validité, mais opposaient un moyen de défense à une action se rattachant à des intérêts pécuniaires.

Il pourrait cependant y avoir de leur part une véritable action en nullité si c'était le premier mariage qui fût vraiment nul. Ils ne pourraient plus se contenter d'invoquer les conventions matrimoniales faites spécialement en vue du second mariage ; car le premier mariage existe en apparence et jouit en fait d'une présomption de validité que la seconde célébration n'a pas affaiblie. Les créanciers doivent respecter cette

présomption aussi longtemps que la nullité n'est pas prononcée ; mais ils peuvent eux-mêmes provoquer celle-ci lorsque l'action leur est donnée par la loi, s'ils sont intéressés à voir appliquer les conventions matrimoniales nouvelles ou à faire tenir pour non avenus les rapports pécuniaires antérieurs au second mariage.

Si le premier mariage est annulé, mais déclaré putatif, désormais les conventions matrimoniales qui ont pu précéder le second mariage s'appliqueront. Cependant, si l'annulation n'a lieu qu'au décès de l'un des époux, le mariage, déclaré putatif, le sera pour toute la durée, et alors l'immutabilité des conventions originaires se sera prolongée et aura mis obstacle à l'application de celles qui ont suivi. Mais si vraiment les époux, au moment de leur première union, étaient de bonne foi, et s'en prévalent pour obtenir les effets du mariage putatif, ils ne peuvent qu'avoir voulu, en contractant la seconde, persévérer dans leurs conventions matrimoniales.

Quand même la bonne foi ne serait pas constatée, les conventions faites antérieurement au premier mariage pourraient s'appliquer au second ; car malgré la nullité, elles ont conservé leur valeur intrinsèque la caducité qui résulte de l'annulation n'est pas quelque chose de définitif, d'irrévocable, et certains arrêts ont tort de dire, en annulant le mariage, qu'ils « annulent » par voie de conséquence les conventions matrimoniales. Celles-ci subsistent en puissance, et elles pourront encore être utilisées, même si le premier mariage était déjà annulé quand le second a eu lieu.

Il y a là une question d'intention, et nous savons comment la résoudre. A plus forte raison, si les époux ont réitéré leur mariage sans le faire d'abord annuler, à défaut de conventions nouvelles, ce seront les anciennes, plutôt que la communauté légale, qu'ils seront censés avoir voulu observer, puisque leur intention semble être d'assurer la continuité entre les deux périodes de leur union.

Relativement aux donations faites aux époux par des tiers, il n'y a rien de spécial au cas de renouvellement du mariage : elles subsisteront, si elles se rattachent au premier mariage, tant que celui-ci ne sera pas attaqué, soit, par les donateurs eux-mêmes lorsqu'ils en ont le droit, soit par les époux ou par des tiers, et, si l'annulation même pure et simple n'intervient qu'après la célébration valable, celle-ci aura fait arriver la condition dont elles dépendaient, parce que les donateurs n'ont pas été en droit de se croire dégagés.

Il en sera de même lorsque le mariage, annulé avant même la seconde célébration, aura été déclaré putatif. Mais si ce caractère ne lui est pas reconnu, les donations tomberont avec lui, et ne seront maintenues en faveur du second mariage que moyennant une nouvelle manifestation de volonté des donateurs, au moins quand ceux-ci, en les consentant, n'auront pas connu le vice du premier.

§ 3. — *Mariage destiné uniquement à valider
des conventions matrimoniales.*

L'action vivifiante du mariage par rapport aux conventions matrimoniales, que nous nous sommes efforcé de déterminer, n'est en général qu'une résultante de la célébration du mariage. Mais dans des hypothèses exceptionnelles, elle est recherchée pour elle-même, comme but principal. On en trouve un exemple dans une espèce jugée autrefois par la Cour d'Aix (1).

Les faits se passent en Ligurie, avant le Code civil, et il faut savoir que, d'après le statut de ce pays, les filles, sauf une faible somme reçue « pour le salut de leur âme », ne touchaient de dot, même à la mort de leurs père et mère, qu'en cas de mariage. La demoiselle Ardizzoni se trouvait dans cette situation. Son frère, qui avait été institué seul héritier, vint à son tour à décéder. Il lui légua l'usufruit de ses biens, conjointement avec sa veuve, à peine de déchéance si elles quittaient ses enfants ou se mariaient, auquel cas elles seraient réduites à leur dot respective.

La demoiselle Ardizzoni, ne voulant pas se soumettre à ces conditions, simula en 1798 un mariage avec un mendiant, pour avoir droit au capital de sa dot. L'époux, qu'elle n'avait jamais connu, et dont le mariage avait eu lieu grâce à une procuration donnée à un prêtre, venant à mourir en 1800, elle réclama ce

1. 4 mars 1813. S. chr.

capital. Mais, devant l'opposition de ses neveux, arguant le mariage de fraude et de simulation, la Cour d'Aix jugea qu'elle n'y avait pas droit.

Elle distingua entre la validité du mariage et son efficacité, en se basant sur les principes en vigueur dans la ci-devant Ligurie : *contractus imaginarii juris vinculum non obtinent*, surtout à l'égard des tiers, dont les contrats simulés blessent les intérêts. Les appelants n'étaient pas recevables à contester la validité du mariage de leur tante dès qu'il était régulier ; ils pouvaient avec succès lui refuser l'efficacité quant à la condition pour laquelle il était nécessaire.

Le traitement ainsi accordé au mariage peut être comparé à celui que les ordonnances de 1639 et 1697 appliquaient aux mariages *in extremis* : ils n'étaient pas prohibés, mais privés d'effets civils.

Tout cela est maintenant du domaine de l'histoire. Cependant, même depuis le Code civil, il s'est produit et il pourrait encore se rencontrer des espèces analogues, où le mariage est contracté dans le seul but de donner effet aux conventions matrimoniales, et notamment à des donations qui autrement seraient impossibles : c'est le cas pour le mariage contracté entre un médecin et sa cliente au cours de la maladie dont elle est morte.

Un médecin est en principe incapable de recevoir aucune libéralité, si ce n'est une libéralité rémunératoire et à titre particulier, du malade qu'il soigne pendant sa dernière maladie (art 909). Cependant, par le même article, sont exceptés de cette règle certains

parents, auxquels les auteurs et la jurisprudence ajoutent le conjoint, le mari qui a soigné sa femme. Mais cette extension est plus douteuse lorsque le mariage accompagné de libéralités n'a été contracté qu'au cours de la maladie.

Certains arrêts valident ces libéralités (1), d'autres les annulent (2). Mais ces derniers ont soin de réserver dans les motifs que les donations faites au médecin traitant par sa malade qu'il a épousée doivent être maintenues parce qu'elles sont présumées avoir été librement déterminées par l'affection conjugale, et qu'il n'en doit être autrement que lorsque, au lieu de dériver de cette affection, elles sont prouvées n'avoir eu pour cause que l'empire que le médecin avait sur sa malade, et l'abus qu'il en aurait fait pour obtenir la donation.

Ce système est équitable, et nous le préférons à celui de Duranton qui, conforme à un arrêt de la Cour de Paris (3), voit en général dans le mariage d'un médecin avec sa malade, pendant sa maladie dont celle-ci est morte, un moyen employé pour échapper à la prohibition de la loi. Pour nous, il n'y a pas de présomption de ce genre, et, jusqu'à preuve de la fraude, le mariage valide les conventions matrimoniales.

1. Cass., 30 août 1808, S. ch. II, 1, 573, approuvé par Aubry et Rau, VII, § 649, note 46.

2. Cass., 21 janvier 1820, S. ch. VII, 1, 164. — 21 août 1822, S. ch. VII, 1, 129.

3. 24 février 1817, S. ch. V, 2, 241. — Duranton, VIII, n° 257.

TROISIÈME PARTIE

EFFETS DE LA CADUCITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES A DÉFAUT DE RÉALISATION DU MARIAGE.

Ces effets nous sont déjà connus dans les grandes lignes par la définition que nous avons dû chercher de la caducité, et de la manière dont elle se produit. Mais leur action demande à être approfondie si l'on entre dans les détails.

Il faut, pour connaître la portée de la caducité, préciser ce que recouvre l'expression de contrat de mariage ou conventions matrimoniales. D'autre part, si la constatation de ces conventions nécessite des frais d'acte notarié et d'enregistrement, leur caducité donne ouverture au remboursement de ces frais dans une certaine mesure. Détermination des conventions matrimoniales, remboursement des frais de contrat de mariage, tels sont les deux points à traiter lorsque la caducité est entraînée par le défaut de célébration.

CHAPITRE PREMIER

La notion de convention matrimoniale dans les textes du Code.

Quand le mariage ne se réalise pas, les conventions matrimoniales sont non avenues, mais il convient de rechercher ce qu'on entend par là, car souvent le contrat renferme des clauses ou conventions qui, par leur nature, semblent sans rapport avec le mariage, et l'on ne peut pas prendre pour critérium le fait matériel de l'insertion dans le contrat de mariage.

La loi parle dans divers articles des conventions matrimoniales, mais sans qu'on puisse en tirer une définition générale. C'est dans un sens restreint que l'article 2135 énumère comme dispensée d'inscription l'hypothèque «... 2° Au profit des femmes pour raison de leurs dot et *conventions matrimoniales*... » Il ne s'agit que de la femme, et une distinction est faite entre la dot, c'est-à-dire ses apports en mariage, dont elle peut être créancière à la dissolution, quand le

mari en aura eu la disposition, et les conventions matrimoniales, c'est-à-dire les clauses du contrat qui, à raison du régime adopté, peuvent faire du mari son débiteur, et parmi lesquelles on range les avantages matrimoniaux, ainsi que les libéralités faites par le mari à sa femme dans le contrat, exécutoires sur ses biens.

Dans l'article 1516, on lit que « le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage », et, dans l'article 1525, que la clause d'attribution à un seul des époux ou à ses héritiers de la totalité de la communauté « n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés ».

Cette acception est plus étroite que celle de l'article 2135, qui semble devoir réunir sous le nom de conventions matrimoniales les donations proprement dites entre époux, et les clauses analogues au préciput et à l'attribution exclusive de la communauté à un seul. Ici, conventions de mariage est synonyme de régime matrimonial seulement, car on doit bien reconnaître que les donations entre futurs époux contenues dans le contrat de mariage font partie intégrante du pacte anténuptial : grâce à elles, les futurs se gratifient comme ils pourraient le faire par le simple jeu du régime matrimonial.

Cependant elles restent, de par leur nature, soumises à leurs règles spéciales, notamment quant à

la quotité disponible, contrairement aux clauses prévues dans les articles 1516 et 1525. Mais cela ne doit pas les empêcher d'être des conventions matrimoniales, puisque même ces clauses peuvent être, dans un cas spécial, aux termes de l'article 1527, considérées comme un avantage fait au préjudice des enfants, si elles tendent à donner au futur conjoint au-dessus d'un certain taux.

La distinction qui ressort des articles 1516 et 1527 est employée principalement en droit fiscal où elle est suivie d'une façon rigoureuse : alors que le contrat de mariage proprement dit n'est assujéti qu'à un droit fixe comme minimum ou à un droit proportionnel assez faible sur le montant des apports, les donations, même entre les futurs époux, sont soumises à un droit assez considérable. Il ne faut donc pas s'étonner que l'Administration de l'enregistrement soit tentée de voir volontiers des donations dans les clauses des contrats du mariage (1).

De quelque manière qu'on l'interprète, cette notion de la « convention de mariage » n'est pas la plus communément reçue, et le plus souvent on a en

1. La Cour de cassation a jugé en sa faveur (Req., 18 janv. 1888. S. 90. 1. 179) que la stipulation d'une communauté universelle est soumise aux règles des donations éventuelles, lorsque cette qualification de l'acte est celle qui ressort de l'intention des parties, l'une n'ayant fait aucun apport, et ayant droit cependant à la dissolution, à titre de forfait, à l'usufruit de tous les biens de la communauté, sans déduction des apports de l'autre. Mais la Cour de cassation a jugé aussi (19 déc. 1890. S. 92. 1. 129), contrairement à la jurisprudence antérieure, que la clause de partage inégal ne constitue pas une donation, même si la communauté comprend une part de l'apport du précédé. M. Wahl approuve cet arrêt dans une note.

vue l'ensemble des conventions qui ont pour but de fixer la fortune et les droits pécuniaires des époux, le mode d'administration et de répartition, soit au cours du mariage, soit à sa dissolution. C'est bien ce que semble désigner le Code civil dans les articles 1394 et 1395. Mais les difficultés se présentent lorsqu'on veut faire des applications concrètes de la formule générale.

Le législateur édicte relativement au contrat de mariage un certain nombre de dispositions qu'on pourrait songer à grouper pour en faire sortir les caractères spécifiques des conventions matrimoniales. Il n'importe qu'elles soient gratuites, ou onéreuses comme semblent l'impliquer les articles 1516 et 1525 ; c'est une conception trop étroite, qu'explique la portée limitée de ces articles.

Mais on sait que toutes conventions matrimoniales, rédigées devant notaire, ne peuvent recevoir de changement avant le mariage que dans la même forme et en présence de certaines personnes, et ne le peuvent après le mariage en aucune manière (art. 1395 et 1396) ; on sait aussi que, pour les faire, le mineur jouit d'une capacité particulière (art. 1398) ; et que ces conventions, étant assorties au mariage, se trouvent caduques s'il fait défaut ou n'est pas valable : la loi ne le dit que pour les donations (art. 1088), mais ce n'était même pas nécessaire.

Les applications de ces trois règles se font, pour chacune, dans des circonstances distinctes. Dans la matière de l'immutabilité, qui est surtout délicate

quant aux donations reçues des tiers par les époux, l'essentiel n'est pas de spécifier à quelles conventions le principe s'applique, car elles sont reconnues d'une façon à peu près unanime, mais bien quelles sont les conventions qui constituent des changements nuisibles aux tiers.

Pour la capacité, il importe surtout de protéger le mineur, qui ne doit pas être obligé si on a profité de son mariage pour lui faire souscrire avec des tiers des actes désavantageux ; la jurisprudence ne distingue pas toujours avec la netteté désirable les actes qui ont réellement trait au mariage, et que la loi a voulu seuls faciliter au mineur.

Le problème se pose un peu dans les mêmes termes pour la caducité : les conventions matrimoniales supposent pour leur exécution l'existence d'un mariage non annulé, mais il est des conventions qui, tout en étant motivées par le mariage, pourraient se comprendre sans lui, et ne sont liées à son sort que par une réserve spéciale : c'est cette réserve, et non le caractère de conventions matrimoniales, qui les rendra caduques si le mariage n'a pas lieu ou est annulé.

La caducité se produit donc dans une assez large mesure. Alors que l'immutabilité suppose toujours une convention consignée dans le contrat même (art. 1394 et 1397), alors que les conventions et donations faites par le mineur autorisé comme pour le mariage seront valables s'il les a faites dans le contrat (art. 1398), il n'existe pas ici de restriction de ce genre ; l'article 1088 par exemple s'applique à toute

donation faite en faveur du mariage et non aux donations par « contrat de mariage », comme s'expriment les articles voisins. Mais toutes les conventions qui seront caduques ne sont pas matrimoniales, et il pourra y avoir des différences suivant la manière dont s'observe pour elles la caducité.

Ainsi, malgré la diversité des points de vue, qui fait qu'on examine séparément l'immutabilité, la capacité et la caducité, sans réunir les résultats obtenus sur chaque point pour voir s'ils concordent et ne sont que les applications variées d'une classification constante, nous pourrons, dans certains cas, faire en quelque sorte la preuve de nos solutions, en essayant de les transporter en matière d'immutabilité et de caducité. Nous constaterons qu'il n'y a pas divergences notables, et que, si l'on ne peut dresser une liste de toutes les conventions matrimoniales, elles doivent cependant répondre à une notion unique, sans doute difficile à formuler, mais qui, une fois reconnue, doit pouvoir se vérifier dans chacun de ces trois domaines.

CHAPITRE II

Examen des diverses conventions contenues dans les contrats de mariage.

Nous devons, en passant en revue les conventions les plus usitées dans les contrats de mariage, nous rendre compte des conditions dans lesquelles elles sont sujettes à caducité. Ces conditions seront examinées une fois pour toutes, et nous éviterons d'en parler de nouveau dans la partie relative à l'annulation du mariage, qui comprendra surtout les effets propres à cette hypothèse. Dès maintenant nous noterons, le cas échéant, les particularités dues à cette cause de caducité, pour les conventions où il s'en rencontre.

Nous pouvons déjà énumérer à coup sûr comme conventions matrimoniales : le régime adopté par les époux et les conséquences qui en découlent ; les donations et constitutions de dot faites par le contrat à chaque époux, soit par son conjoint soit par des tiers.

La fixation du régime constitue la convention ma-

trimoniaie par excellence et il n'y a rien à remarquer sur sa caducité : le régime se conçoit pas et ne peut recevoir son exécution s'il n'y a pas de mariage. Ses conséquences sont notamment : la répartition des charges du ménage, les règles sur la composition des patrimoines et la condition des biens, telle la dotalisation des biens de la femme, les droits et pouvoirs de chaque époux sur ses biens, et du mari sur ceux de la femme, la liquidation du régime après dissolution : restitution de biens, partage. On peut aussi comprendre dans le régime la clause qui restreint l'hypothèque légale de l'épouse.

SECTION I

Libéralités entre futurs conjoints et au profit des futurs conjoints. Reconnaissances d'apport.

Les donations sont certainement des conventions matrimoniales. Elles diffèrent des stipulations de régime en ce qu'elles n'organisent pas la société conjugale, mais elles concourent à la détermination des patrimoines, elles entrent dans le fonctionnement de ce régime, et peuvent en corriger les effets. Tout le monde leur accorde l'immutabilité malgré l'absence de texte spécial. Le mineur peut les faire comme son contrat de mariage (art. 13,8). L'article 1088 enfin les déclare caduques si le mariage ne s'ensuit pas (1).

1. Si l'on était en quête de textes des jurisconsultes romains, c'est ici qu'ils pourraient être mis à contribution. Tous ceux qui ont été cités autrefois pour justifier le système du contrat de mariage conditionnel ont trait

§ 1. — *Principe de l'article 1088.*

Dans notre ancien droit, la règle de l'article 1088 actuel n'allait pas sans résistance. Mais n'oublions pas que les parents, en pays de droit écrit, étaient obligés légalement de fournir un établissement à leurs enfants. De là, plusieurs avaient conclu qu'en donnant dans le contrat de mariage, les parents avaient entendu plutôt acquitter une dette que favoriser un mariage en particulier. Mais Furgole (1) avait fait justice de cette erreur : les parents sont juges des circonstances dans lesquelles il leur paraît convenable de remplir leur obligation. « Il est notable, dit Demolombe (2), que l'ordonnance de 1731, qui aurait dû peut-être résoudre législativement ces doutes, ne renfermait pourtant aucun article sur ce point. Cet article pouvait, au contraire, ne point paraître aussi nécessaire dans notre Code, qui n'impose pas aux père et mère l'obligation d'établir leur enfant (art. 204 C. civ.). »

Si le législateur a pris soin d'exprimer le principe, c'est peut-être pour en faire ressortir la portée comparative à celle des règles qu'il posait dans les articles voisins. On a d'ailleurs trouvé son système contradictoire (3) : toutes ses faveurs, dit-on, ne vont aux

à la *dos*, c'est-à-dire aux biens remis pour la femme ou par elle au mari pour faire face aux besoins du ménage. V. 1^{re} partie, ch. I.

1. Question XXIII, n^{os} 10 et 12.

2. *Donations et testaments*, VI, n^o 251.

3. Planiol, 2^e édit., III, n^o 3144. — Aubry et Rau ont tenté la justification de cette différence : quand la donation est contenue dans le contrat

donations faites aux futurs époux que si elles figurent dans leur contrat de mariage (art. 1081-1087) : elles retombent sous l'empire du droit commun si elles sont faites par acte séparé. C'est attribuer trop d'importance à une circonstance accessoire, qu'on néglige avec raison dans deux autres articles. En effet l'article 959 dispose que « les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude ». L'article 1088 est conçu dans les mêmes termes, et dépasse les limites du chapitre qui le renferme, et qui est consacré, d'après sa rubrique, aux donations faites *par contrat de mariage...* »

Quoi qu'on pense de ce manque d'uniformité, la rédaction extensive se comprend très bien dans l'article 1088, où elle est commandée par l'équité et par les principes généraux, qui doivent faire respecter l'intention des parties dans toutes les donations consenties en faveur du mariage. Les articles qui précèdent constituent des dérogations de faveur aux règles ordinaires des donations : il se peut que le législateur n'ait voulu les accorder que si la forme est observée.

Au point de vue de la caducité, il n'est pas indispensable de distinguer entre les donations que se font les époux et celles qui leur adviennent des tiers. Nous verrons que les premières tiennent de plus près

de mariage, on est sûr qu'elle est faite en faveur du mariage (VIII. § 723, texte et note 4). Si cette observation était vraie, pourquoi ne s'y serait-on pas arrêté aussi dans l'article 1088 ?

aux conventions matrimoniales, mais les unes et les autres peuvent avoir leur raison d'être dans le mariage ou le projet de mariage et disparaîtront avec lui, soit qu'elles aient été faites dans le contrat, soit qu'elles l'aient été par un acte indépendant. Remarquons seulement qu'en fait, pour une donation entre personnes qui se sont mariées ou ont dû se marier, il doit être plus facile de se rendre compte si elle a été déterminée par le projet de mariage que pour celle qui émane d'un tiers. L'intention du futur époux paraît assez claire si le mariage était déjà décidé quand il a fait la donation. Mais en outre, sauf pour les cadeaux, qui se font sans écrit, la donation sera rarement faite ailleurs que dans le contrat, tout indiqué pour la recevoir. Si elle est postérieure au contrat, elle ne pourra même avoir lieu valablement que sous la forme d'une contrelettre (art. 1396 et 1397).

§ 2. — *Donations contenues dans le contrat de mariage.*

Les donations contenues dans le contrat de mariage encourront la caducité sans qu'il y ait à distinguer si elles portent sur des biens présents ou sur des biens à venir. Sauf stipulation contraire expresse, elles sont censées faites en vue du mariage projeté, et à l'exclusion de tout autre, même si elles émanent d'un tiers. Rigoureusement, on devrait prouver par écrit qu'elles répondent aux termes de l'article 1088, car la loi n'établit nulle part de présomption en ce

sens (1). Cependant, pratiquement cette présomption s'impose et ne sera pas contestée : quand la loi pose des règles de faveur pour les donations par contrat de mariage, c'est parce qu'elles les considère comme faites en faveur du mariage ; on doit partir aussi de ce point de vue quand on cherche quelles donations sont caduques. En tous cas, si le contrat de mariage qui les contient ne les fait pas dépendre explicitement du mariage, il forme au moins un commencement de preuve par écrit facile à compléter.

L'existence d'une vraie présomption est affirmée dans les motifs d'un arrêt de la Cour de Toulouse (2) : après avoir déduit de la place de l'article 1088 qu'il ne trouve son application exacte que dans les cas où la donation est faite par le contrat de mariage, après avoir déclaré logique et conforme au droit que, lorsque le contrat n'a plus de raison d'être, il entraîne dans sa ruine toutes les dispositions qui y sont contenues, et qui se rattachent à lui comme les effets à leur cause, ils énoncent « que, dans ce cas, la présomption légale que le mariage a été le seul motif

1. Laurent (XV, n° 168, p. 208) fait découler cette présomption de l'article 1541, suivant lequel tout ce qui est donné à la femme en contrat de mariage est dotal, s'il n'y a stipulation contraire. « Il suffit donc, dit-il, qu'une donation soit faite à la femme par son contrat de mariage pour qu'elle fasse partie intégrante de ce contrat, et qu'elle s'y rapporte à ce point que la donation est présumée faite en faveur du régime que les époux adoptent ; c'est bien dire que la donation est subordonnée au mariage, et même aux conventions matrimoniales des époux. »

2. 4 août 1881. S. 82. 2. 242 ; D. 82. 2. 94.

déterminant de la libéralité est absolue et ne saurait être combattue par une preuve contraire. »

Ce système trop absolu, qui ne distingue même pas suivant que la donation émane du futur conjoint ou d'un tiers, s'explique parce qu'il ne touche pas le point spécial que la Cour avait à juger ; selon nous, la circonstance que la donation est jointe au contrat de mariage est une présomption très puissante, mais une simple présomption de fait, sauf dans le cas de l'article 1541. En général, la donation faite par un tiers dans le contrat de mariage n'est pas faite forcément en vue du seul mariage qu'il concerne.

§ 3. — *Donations faites en dehors du contrat de mariage.*

Le même arrêt, au contraire, s'occupe effectivement d'une donation faite en dehors du contrat de mariage et, s'il n'applique pas, du moins il expose le traitement qui lui convient.

Un officier, ayant eu avec une jeune fille mineure des relations à la suite desquelles elle devint enceinte en février 1880, résolut de régulariser sa situation en l'épousant. Il obtint l'assentiment de sa famille, qui lui donna une certaine somme, avec laquelle il acheta un titre de 700 francs de rente au nom de la demoiselle. Le 1^{er} mai, il se présenta devant le notaire avec elle et sa mère tutrice légale, ainsi que le mari cotuteur, pour rédiger la déclaration d'apports. Ceux-ci dépassaient de quelques centaines de francs

les 1.200 francs de rente alors exigés par les règlements militaires, et l'inscription de 700 francs de rente figurait parmi eux.

L'autorité supérieure ayant refusé d'autoriser le mariage, l'officier et son père assignèrent les représentants de la mineure pour voir ordonner que le titre de rente, acheté en vue seulement du mariage, soit vendu au profit du père du futur. Les défendeurs répondirent que le titre de rente avait bien été donné à leur pupille, mais que c'était pour réparer le dommage causé, et pour venir en aide à la situation malheureuse de la jeune fille, et non pas seulement en vue du mariage.

La Cour estima que, pour la donation faite à l'un des époux en dehors du contrat de mariage, à la différence de celle qui y est renfermée, « quelle que fût la force des motifs qui sembleraient rattacher cette donation à un mariage déjà projeté, l'abandon ou l'inexécution de ce projet n'entraînerait pas de plein droit la caducité de la libéralité, en l'absence de la présomption légale de l'article 1088 ; que sans doute en pareil cas, le donateur qui prétendrait que sa libéralité n'a eu d'autre cause que le mariage lui-même pourrait en faire la preuve s'il se trouvait dans les conditions où cette preuve serait admissible suivant les règles générales du droit, mais que ce serait à lui d'établir que, le mariage faisant défaut, la donation n'a plus de cause. » Il faudrait une preuve écrite, ou l'équivalent : le certificat d'apports, pris comme com-

mencement de preuve par écrit, devrait être complété par des présomptions.

Nous avons fait nos réserves sur la prétendue présomption légale tirée de l'article 1088. On pourrait aussi critiquer la façon un peu arbitraire dont la Cour a apprécié les faits, et prétendu scruter l'intention du futur en disant que « telle a été ou telle a dû être sa pensée... » à l'époque où il a fait la libéralité, et où il poursuivait son projet de mariage ; que, croyant alors à la moralité de la jeune fille et à l'honorabilité de sa famille, il ne se serait pas cru dégagé de ses obligations par le refus de l'autorité militaire, et qu'il comprenait que l'humanité et l'honneur lui faisaient un devoir de réparer, au moins par un secours pécuniaire, le dommage qu'il avait causé.

L'officier soutenait, avec quelque apparence de raison, que la libéralité résultant d'une déclaration d'apports préliminaire au contrat de mariage n'avait d'autre but que de compléter la dot réglementaire. Il pouvait, tout en étant pénétré de son obligation de réparer, le faire d'une façon différente ou moins complète si le mariage devenait impossible. Celui-ci pouvait avoir été sinon le seul, du moins le motif déterminant de la donation.

Mais c'était affaire d'appréciation, puisque le tribunal de Toulouse avait compris les faits différemment, et le principe reste entier. La donation étant faite par acte séparé, quand rien dans ses termes n'indique chez son auteur le désir de faciliter telle union,

on ne peut savoir *a priori* si c'est celle-ci qui l'a occasionnée ; le donateur doit donc en justifier.

Cette preuve faite, même d'après les termes de l'acte écrit, serait impuissante, en cas de mariage valable, à faire valider la donation si elle émane d'un mineur, et à lui communiquer l'immutabilité. C'est que, sorti de son contrat de mariage, le mineur retombe sous le régime de la tutelle, et que l'immutabilité suppose en principe un acte contenu dans le contrat de mariage.

Il y aura plus souvent un faisceau de présomptions qu'une preuve directe, et la principale viendra d'un rapprochement de dates propre à révéler les mobiles auxquels a obéi le donateur. La jurisprudence a utilisé cet indice pour anéantir, en dépassant un peu les exigences de la loi, une contrelettre comme faite sans le concours d'une personne qui avait consenti une donation en dehors du contrat de mariage, mais en liaison avec ce contrat dont elle avait connaissance (1). Si au contraire le mariage n'était pas projeté au temps de la donation, ou se combinait en dehors du donateur, sa générosité n'aura pu y trouver sa raison d'être.

Hors de là, il est difficile de faire des prévisions, et

1. Montpellier, 8 février 1869. S. 69. 2. 49.² Pour une raison de date encore, une convention entre époux, postérieure ou concomitante au contrat de mariage, sera facilement regardée comme convention matrimoniale modifiant ce contrat, et annulée pour ne pas revêtir la forme d'une contre-lettre : les futurs, entre qui elle intervient sont, à la différence des tiers, dont la donation peut n'être faite que postérieurement au contrat, nécessairement parties dans ce contrat (Cass., 28 oct. 1889. Pand. fr. 89. 1. 565.)

c'est aux juges du fait de tenir compte des circonstances. Ils ont, d'après la jurisprudence, le pouvoir d'interpréter souverainement les actes, soit par d'autres écrits, soit d'après les circonstances de la cause (1). Ils pourraient toutefois ne pas s'en contenter : un acte est produit devant eux, qui constate une donation pure et simple ; c'est prouver « outre son contenu » que d'établir une modalité qui s'y ajoute. Strictement, il faut une preuve par écrit ou un commencement de preuve par écrit, corroboré par des témoignages ou des présomptions (art. 1341). C'est ce que semblait exiger l'arrêt de Toulouse.

§ 4. — *Cadeaux.*

Entre époux, la restitution des cadeaux, quand ils ont quelque valeur, après la rupture du mariage, n'est pas seulement affaire de délicatesse, elle se fonde sur le principe de l'article 1088. Ces présents consistent en objets de faible importance, comparés aux apports en mariage et aux donations au sens étroit, objets qu'on a coutume de transmettre de la main à la main.

Ce sont néanmoins de véritables donations, car si la loi exige la forme authentique pour « tous actes portant donation... » (art. 932), un acte n'est pas nécessaire pour toute donation ; il ne l'est pas pour

1. Cass., 16 juin 1884. S. 86. 1. 407 ; D. 85. 1. 161. — 3 juillet 1889 D. 90. 1 249. — 9 avril 1889. S. 92. 1. 338.

le don manuel, qui se réalise par la simple tradition. Aussi l'objet de ce don doit-il incontestablement faire retour à celui dont il émane, en vertu de la caducité, quand il est prouvé avoir été fait en vue du mariage (1). Mais la remise elle-même de l'objet, qui constitue la libéralité, doit être établie par écrit quand la valeur dépasse 150 francs, car si le don manuel n'est assujéti, quant à sa validité, à aucune forme, il ne peut se prouver que conformément au droit commun (art. 1341) (2).

Le cas s'est présenté devant la Cour de cassation (3). En vue du mariage de son fils, un père avait remis à la fiancée divers bijoux achetés par lui. Le mariage projeté n'eut pas lieu, et chacun se maria de son côté. Mais le père assigna la jeune femme et son mari en restitution des bijoux. Elle reconnut, sous réserve de l'indivisibilité de son aveu, qu'elle avait bien reçu les bijoux, mais que son fiancé d'alors s'était engagé envers elle à ne pas en réclamer la restitution, et à les lui abandonner en réparation du préjudice que lui avait causé la rupture du mariage. La force de cet aveu était ainsi neutralisée, et le deman-

1. Bordeaux, 8 juin 1826. *Journ. arr. Bordeaux*, 1826, I, p. 308.

2. Paris, 25 mars 1876. D. 77.2.9. M. Planiol observe (2^e éd., III, n° 2543) que cette jurisprudence étend ainsi la portée de l'article 1341 bien au delà des contrats proprement dits, dans le domaine des droits réels et de la possession. C'est peut-être un correctif utile à la liberté absolue des dons manuels ; mais du moment où on exige un acte, ne devrait-on pas l'exiger notarié, car alors on retombe sous le coup de l'article 932 ?

3. 9 août 1887. S. 87.1.313 ; D. 88.1.133, et notes.

deur devait faire la preuve de la donation par un autre moyen.

Le tribunal d'Annecy avait trouvé un commencement de cette preuve, qui aurait rendu admissible la preuve par témoins ou par présomptions, dans les factures du bijoutier au nom du père. La Cour de cassation n'admit pas ce système. La facture ne pouvait en effet remplir ce rôle contre le prétendu donataire puisqu'elle n'émanait pas de lui ; elle prouvait tout au plus que les bijoux avaient été achetés par le prétendu donateur, mais non qu'il les avait acquis pour lui et payés de ses deniers. Une fois achetés, ils avaient pu passer en différentes mains, puis tomber entre les mains de la fiancée qui se serait retranchée derrière la maxime. *En fait de meubles possession vaut titre*. Mais la personne qui avouerait avoir reçu certains cadeaux en vue d'un mariage qui n'a pas été exécuté ne saurait échapper à la restitution, ou, si elle s'y refuse, à une condamnation en des dommages-intérêts (1).

Le fait de la donation étant avéré, il faudra démontrer qu'elle ne peut se soutenir qu'en présence d'un mariage. Un don manuel, chose fréquente entre fiancés, peut avoir été fait non en vue du mariage, mais par affection et galanterie, et se trouver par conséquent irrévocable. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation

1. Trib. Seine, 22 mai 1901. *Gaz. Pal.*, 01. 2^e Sem. 2.162.

de Naples (1). Elle dit que les libéralités faites en dehors du contrat de mariage ne sont pas présumées avoir été consenties en vue de l'union projetée, parce qu'elles ont, aux yeux de la loi, une existence « qui peut se soutenir en dehors de toute célébration de l'union projetée ».

Dans le même sens, la Cour de Bruxelles (2) a décidé que les bijoux et autres objets sans grande valeur offerts par le futur à sa fiancée peuvent rentrer dans les cadeaux qu'en pareille occasion on offre par galanterie et affection, sans songer à l'éventualité d'une restitution, non toutefois sans rappeler, à l'adresse de la jeune fille, que « par un sentiment de délicatesse et de dignité qui se comprend, il est d'usage que les cadeaux... soient restitués en cas de rupture du mariage projeté... ». Mais cet usage, d'après la Cour de Bruxelles, ne fait pas loi, et on ne peut contraindre légalement les fiancés à s'y conformer.

Une distinction analogue est faite dans un arrêt de la Cour d'Alger (3), qui oblige le père de la fiancée, responsable de la rupture tardive, à restituer, outre la parure en brillants offerte par le futur, la somme exigée de lui par le fournisseur pour dépréciation ou intérêts de la marchandise. Quant à la bague de

1. 13 août 1881. S. 82. 4. 28. Le Code civil italien renferme un article semblable à notre article 1088.

2. 16 janv. 1889. S. 89. 4. 24.

3. 9 avr. 1895. D. 95. 2. 320.

fiançailles, qui n'était plus d'un usage marchand, l'arrêt ordonne seulement sa restitution dans l'état où elle se trouve, et non le remboursement de son prix d'achat. Il retranche aussi l'indemnité de 200 francs accordée en première instance pour dépenses diverses, parce que celles-ci n'avait pas un lien direct et immédiat avec les projets matrimoniaux. Dans cette somme avait été comprise la valeur des bonbons et des fleurs que le futur avait cru devoir offrir à sa fiancée pour s'en faire bien venir. Il eût été excessif d'en tenir compte. D'ailleurs, avec les bonbons et les fleurs, nous touchons aux limites du droit : ce sont choses si minimes qu'on peut les abandonner à l'usage, si du moins il en admet la restitution.

§ 5. — *Donations indirectes ou déguisées.*

Pour que la question de caducité se pose sur une donation, il importe peu, nous l'avons vu dans l'affaire jugée par la Cour de Toulouse (1), qu'elle soit faite ouvertement, ou résulte indirectement d'une autre opération. Dans l'espèce, le futur avait acheté et fait immatriculer au nom de sa fiancée un titre de rente. Les adversaires avouèrent le fait, mais en soutenant que l'acheteur avait un but autre que le mariage. En l'absence de cet aveu, certaines pièces, telles que les bordereaux d'agent de change, auraient permis de retrouver la provenance des fonds.

1. 4 août 1881, précité § 3 ci-dessus, S. 82. 2. 242.

Une donation pourra encore être réalisée d'une façon indirecte par le moyen d'une assurance sur la vie stipulée par l'un des fiancés au profit de l'autre (1). La police ne sera pas contenue dans le contrat de mariage, où il en sera fait tout au plus mention.

En général, il n'y aura aucune difficulté relativement à la caducité de cette donation : le bénéficiaire, indiqué dans la police, sera désigné comme futur conjoint, et cette police n'entrera en vigueur, par le paiement des primes, qu'à partir du mariage célébré. En outre cette donation sera régie par les principes du contrat d'assurance, qui tendent de plus en plus à se singulariser. Si son auteur ne peut la rétracter dès que le bénéficiaire l'a acceptée, il peut en détruire ou en diminuer l'effet en cessant de payer les primes.

L'acceptation investit en principe le bénéficiaire d'un droit propre et définitif. Mais si l'assurance n'était qu'une donation en faveur du mariage, elle deviendra caduque par son annulation, et ce droit propre disparaîtra, le bénéfice faisant retour au patrimoine du souscripteur. Toutefois il reste à savoir comment l'assureur devra avoir connaissance des faits pour refuser de verser la somme assurée au bénéficiaire qui avait déjà accepté, et si quelque responsabilité lui incombe pour avoir payé à un autre que le véritable ayant-droit.

La Cour de Grenoble (2) a autrefois jugé qu'un

1. V. un exemple dans Paris, 4 juin 1878. D. 79. 2. 25, note Levilain, et Cass., 10 nov. 1879. S. 80. 1. 337. D. 80. 1. 75.

2. 19 déc. 1811. *J. Pal.* 1811, p. 793.

accusé de réception d'une certaine somme provenant de la future épouse, contenu dans un contrat de mariage abandonné, et sur lequel elle fondait une demande en remboursement, était une donation déguisée, devenue caduque par la non-exécution du mariage en vue duquel elle avait été faite par le futur.

La Cour de cassation (1) a encore déclaré une donation caduque bien que faite sous forme de vente : il s'agissait d'une vente d'immeuble faite dix jours avant le contrat de mariage par la femme à son futur, avec quittance d'un prix qu'il n'avait pas payé. Comme le mariage n'avait pas eu lieu, la femme demanda à être restituée contre les conséquences de cet acte, et il lui fut donné satisfaction. La simulation put être prouvée par présomptions parce qu'il y avait un commencement de preuve par écrit dans un interrogatoire au cours duquel le mari manqué avait reconnu que, lors de la vente, il existait déjà un projet de mariage, et aussi dans le contrat de mariage qui, ne constatant pour la veuve aucun apport en argent, montrait qu'elle n'avait pas reçu la somme mentionnée au contrat, ou qu'elle voulait avantager son époux : le mariage devait le rendre maître de tout son mobilier, et notamment du prix reçu.

Preuve de la simulation. — La Cour de Toulouse (2) a débouté, à défaut de preuve écrite, en se fondant sur l'article 1341, un mari qui, sans doute dans une instance en séparation de biens, arguait de simulation

1. 7 mars 1820. S. chr., VI., 1, 199.

2. 27 mars 1826. J. Pal., 1826, p. 430.

une reconnaissance de dot au profit de sa femme, contenue dans le contrat de mariage. Il faut dire que ce mari avait, au cours du mariage, suscité à deux reprises des décisions de justice supposant le droit de la femme : il était ensuite mal venu à le contester.

Cette décision ne va donc pas contre le système général de la jurisprudence, qui ne voit pas dans le principe de l'immutabilité un obstacle à ce que les clauses contenant reconnaissance de dot ou d'apport soient déclarées simulées si elles constatent un apport qui n'a pas été fait (1), ou si elles donnent quittance d'une dot qui n'a pas été payée (2).

Les tiers peuvent certainement apporter de la simulation une preuve par témoins ou par présomptions (art. 1348) (3). Quant aux époux, certains arrêts exigent d'eux la preuve écrite du caractère mensonger des énonciations, ou un commencement de preuve par écrit (4). La majorité cependant accueille la

1. Cass., 31 juill. 1833. S. 33.1.840. — Paris, 24 fév. 1865. S. 62.2.144 implicitement.

2. Cass. req., 5 janv. 1831, S. 31.1.8. — Toulouse, 15 mars 1834. S. 34.2.537.

3. Alger, 13 mai 1894. D. 96.2.27. Souvent les ayants-cause à titre universel de l'un des époux seront dans la situation de tiers ; ils opposent un droit de succession à la reprise que le conjoint prétend exercer, ou leur réserve à ce qu'il considère au moins comme une donation. Si l'époux décédé n'avait pas de son vivant invoqué la simulation, il en laissera rarement la preuve à ses héritiers. Mais ceux-ci auront la ressource de la preuve orale si l'on voit dans l'acte une fraude à leurs droits.

4. Paris, 24 fév. 1865 précité. S. 62.2.144. — Paris, 13 juin 1907. *Gaz. Trib.*, 8-9 juill. 1907 et *Rép. gén. Not. et enr.*, 1908, art. 15565.

preuve par témoins, parce que la fraude, en matière de preuve, fait exception à toutes les règles (1).

Mais à l'inverse, en vertu des règles générales sur les contrelettres (art. 1321), les tiers sont aptes à récuser, si on le leur oppose, l'acte secret et non conforme à l'article 1396, par lequel les époux ou l'un d'eux reconnaîtraient que les apports inscrits au contrat de mariage étaient fictifs, et doivent rester la propriété de l'autre conjoint ou du tiers de qui ils sont censés provenir (2).

Les mêmes principes reçoivent leur application lorsque le contrat de mariage est caduc : le souci d'immutabilité a disparu, il ne subsiste plus aucun doute. Seulement, les tiers ne seront que faiblement intéressés si le mariage n'a pas lieu : le plus souvent les apports n'ont pas encore été effectivement réalisés : le débiteur n'a pas eu le temps de devenir insolvable ; lui-même sera le premier à réclamer ce qui lui est dû. Si au contraire le mariage a été célébré, mais annulé, les créanciers, forts de l'article 1166, pourront, au nom de leur débiteur, faire reconnaître que l'apport reconnu à celui qui devait être son conjoint, n'a jamais existé.

1. Toulouse, 15 mars 1834 précité. S. 34.2.537. — Rouen, 23 déc. 1871. S. 72.2.101. — Poitiers, 18 août 1872. S. 72.2.230.

2. Un arrêt de Limoges (13 juill. 1878. D. 78.2.182) permet aux époux de repousser l'acte signé par eux le lendemain du mariage, par lequel ils déclaraient que les titres de rente inscrits au nom de l'épouse, apportés personnellement par elle dans le contrat, appartenaient à son beau-frère qui en restait créancier. La simulation n'aurait pas pu être opposée aux tiers, mais elle n'existait même pas de la part des époux : la convention postérieure au mariage avait été obtenue par surprise. De plus elle contrevenait, d'après l'arrêt, non seulement à la règle de l'immutabilité, mais aux règlements relatifs au mariage des officiers qui étaient d'ordre public.

Le plus souvent, le débat s'ouvrira entre les époux eux-mêmes ou entre l'un d'eux et les ayants-cause de l'autre : enfants naturels reconnus, enfants issus d'un précédent mariage, ou de l'union annulée (1). Entre ces personnes, la preuve de la simulation devra être fournie par écrit en principe, cependant la preuve testimoniale sera admissible s'il y a fraude ou dol, car l'article 1353 déroge à l'article 1341 (2). Mais la notion de fraude ne nous semble pas ici bien définie.

La Cour de Poitiers (3) a employé cet argument pour autoriser la preuve par présomptions de la simulation contre l'un des époux par les ayants-cause de l'autre. La séparation de corps seulement avait été prononcée entre deux époux, mais le mari, s'étant fait naturaliser en Suisse, épousa une jeune fille, qu'il reconnut lui avoir apporté une somme de 40.000 fr., provenant de ses économies et de divers dons à elle faits. A son décès, sa fille, issue du premier mariage, attaqua le deuxième, qui fut déclaré nul et dénué d'effets civils vu la mauvaise foi des deux contractants. La seconde épouse prétendit néanmoins avoir droit au remboursement de son apport, pour lequel elle pratiqua diverses saisies-arrêts. Mais l'héritière du mari en obtint mainlevée.

La Cour déclare « que le contrat de mariage, ayant

1. Même si l'apport fictif est interprété comme une donation, ils peuvent l'attaquer comme portant atteinte à leur réserve. Paris, 7 janvier 1898. Pand. fr. 98. 2. 61.

2. Orléans, 23 février 1861. D. 61. 2. 84.

3. 16 juillet 1846. S. 46. 2. 526.

été passé en vue du mariage projeté, doit être annulé comme frauduleux et sans cause, le mariage lui-même ayant été déclaré nul... ; que, cet acte étant attaqué comme frauduleux, il y a lieu, aux termes de l'article 1353, d'examiner s'il y a des présomptions graves, précises et concordantes, qui démontrent que la somme de 40.000 francs, objet du litige, n'a pas été reçue ».

Puis elle remarque que les prétendues économies sont invraisemblables, la jeune fille étant alors mineure, or elles composaient tout l'apport à l'exception de 1.000 francs que lui constituaient ses parents ; et que la somme n'a pas été comptée au mari, la future lui en ayant seulement donné connaissance.

Cette décision est exacte, et, le contrat de mariage se composant presque uniquement de la reconnaissance d'apport, a pu être déclaré frauduleux. Mais nous savons qu'un contrat de mariage n'est pas nécessairement frauduleux et nul parce qu'il a été dressé pour un mariage qui vient à être annulé.

§ 6. — *Reconnaisances d'apport.*

Du reste, le rôle normal des reconnaissances d'apport n'est pas de dissimuler des donations entre époux. Jusqu'à preuve du contraire, elles sont présumées sincères. Le défaut de mariage ou son annulation n'entame aucunement leur force probante. Lorsque les apports ont été réalisés, elles formeront titre pour en exercer la répétition. Par exemple, la clause d'après laquelle la célébration doit valoir quittance de

la dot de la femme sera interprétée, comme elle l'est d'ordinaire par la jurisprudence, dans le sens d'une présomption de paiement aux mains du mari, lorsque le mariage aura reçu son exécution plus ou moins prolongée en vertu d'une célébration ensuite annulée.

La situation à cet égard est la même, soit que le mariage soit dépourvu d'efficacité, soit qu'il ne vaille que comme putatif, soit enfin qu'il soit pleinement efficace, et qu'il s'agisse de liquider les reprises des époux à la dissolution du mariage ou à la séparation de biens. Il s'agit en effet de la constatation d'un simple fait, que le sort du mariage ne peut altérer. L'opération se décompose. Elle est conservée dans cette partie essentielle, qui ne fait qu'enregistrer une réalité (1) et qui n'a rien en soi de matrimonial, de même qu'elle subsisterait tout en étant contenue dans un contrat de mariage déclaré nul pour avoir été passé après la célébration du mariage (2). Elle est anéantie comme convention matrimoniale, c'est-à-dire en tant qu'elle place implicitement ou nommément les biens sous la loi du contrat de mariage, et qu'elle constitue une prise en charge par le mari. Comme moyen de preuve, elle subsiste, et cependant, même à cet égard, on doit la considérer comme convention matrimoniale : elle sert à déterminer les biens de chaque catégorie créés par le régime, elle facilite les

1. Lyon, 22 juill. 1846. S. 47. 2. 49.

2. Riom, 24 août 1846. S. 47. 2. 142. D. 47. 2. 110.

reprises des époux lors de la liquidation. Si le mariage n'a pas lieu ou est annulé sans être déclaré putatif, elle sera encore utile, mais comme un billet ou une quittance quelconque, et non comme un élément du contrat de mariage.

SECTION II

Conventions diverses.

§ 1. — *Partage et actes équivalents.*

Donation-partage.

Lorsque les parents sont encore vivants pour marier leurs enfants, ceux-ci n'ont, le plus souvent, aucune fortune personnelle, et ils leur abandonnent une partie de leurs biens pour aider à leur établissement ; ils leur consentent une donation qui pourra donner lieu plus tard à une imputation délicate sur leurs successions.

Mais il se peut que les parents ou l'un d'eux soient déjà décédés laissant leur patrimoine à leurs enfants, ou bien que le futur époux, ayant encore ses père et mère, ait recueilli d'autre part une succession. Si ses droits héréditaires ont été liquidés et partagés régulièrement, il les apportera en mariage, et placera sous le régime de son choix les biens qui lui ont été attribués.

Partage. — Cependant la succession peut être restée dans l'indivision, précisément parce que, parmi les copropriétaires, le futur époux était mineur. L'in-

division n'avait pas offert d'inconvénients très sérieux, on avait patienté, pour se dispenser des formes onéreuses du partage judiciaire jusqu'à la majorité prochaine de l'incapable. Mais l'occasion de son mariage, qui lui donne un surcroît de capacité relativement aux conventions matrimoniales, semble propice pour mettre fin à une situation toujours gênante : on fera dans le contrat un partage amiable ou une cession de droits successifs, dont le prix, revenant au mineur, sera apporté par lui en mariage, ou bien le père ou la mère survivant, constituant une dot, exigera en échange, du mineur, une renonciation à tous ses droits dans la succession du prédécédé.

Cette manière de faire est abusive, et la jurisprudence a annulé à plusieurs reprises les actes faits dans de pareilles conditions, comme dérogeant aux prescriptions de la loi sur l'organisation de la tutelle, en faisant remarquer « que l'article 1398 ne relève le mineur de son incapacité que pour les stipulations qui ont trait à l'union qu'il va contracter et à ses rapports avec l'autre époux, mais qu'il le laisse sous l'empire du droit commun pour tout ce qui concerne ses relations avec les tiers ».

Ce sont les termes mêmes d'un arrêt de Grenoble (1) statuant sur une vente de droits successifs faite à son frère par une fille mineure, qui s'en constituait le prix en dot. Même solution dans un arrêt de la

1. 4^e Ch., 5 août 1859. D. 62. 2. 39.

Cour de Bordeaux (1), au sujet du mandat général donné par la future épouse mineure au mari dans le contrat de mariage à l'effet de procéder à la liquidation et au partage de tous les biens et droits à elle échus par le décès de sa mère : c'était une manière indirecte de procéder elle-même à ce partage. Même solution encore dans deux arrêts de Limoges (2), au sujet de cessions de droits successifs faites, l'une par la mère tutrice de sa fille, l'autre par la fille mineure elle-même, dans le contrat de mariage.

Le premier arrêt discordant est de la Cour de Grenoble (3). Il estime que le fait par une fille mineure de se constituer en dot, dans son contrat de mariage, le prix d'une vente consentie par son tuteur sans l'accomplissement des formalités voulues, vaut ratification implicite de cette vente dès lors que le mineur (art. 1309) est assisté de ses parents.

Mais à son tour la Cour de Cassation (4) a apporté son appui à ce système en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Bordeaux, d'après lequel une fille mineure avait pu valablement, avec l'assistance de sa mère restée veuve, se constituer les biens à elle attribués dans un partage où sa mère s'é-

1. 25 janv. 1826. D. 34. 1. 453.

2. 29 janv. 1862. D. 62. 2. 40. — 29. janv. 1879. D. 80. 2. 255.

3. 1^{re} Ch., 10 juillet 1860. D. 60. 2. 40.

4. Bordeaux, 2 mai 1866 et Cass., 23 février 1869. S. 69. 1. 193. En note Labbé critique le contenu de cet arrêt, mais il ne semble pas se demander si la ratification était bien une convention matrimoniale : il aurait voulu, malgré l'article 1398, l'intervention d'un organe de la tutelle, autre que la mère, à cause de l'opposition d'intérêts entre elle et sa fille.

tait portée fort pour elle, le futur époux promettant de ratifier à sa majorité. Cette constitution formait une véritable ratification du partage ; elle était « essentiellement une clause du mariage qui intéresse au plus haut degré le mari... que la femme mineure peut valablement faire, de même qu'elle peut valablement donner à son mari le mandat soit de procéder à un partage sous l'observation des formes prescrites pour les partages dans lesquels les mineurs sont intéressés, soit de les aliéner : des stipulations de cette nature étant toutes des conditions essentielles du mariage ».

La Cour de cassation déclare de même que la clause « constitue essentiellement une convention matrimoniale ». C'est une erreur certaine à notre avis. Dans l'affaire, il était visible que la clause était faite dans le but principal de donner sécurité à la mère qui s'était portée fort. Si le mari avait voulu être à l'abri des conséquences de l'annulation du partage, la femme pouvait lui céder son action en nullité, ou renoncer à l'exercer avec une autre autorisation que la sienne ; la convention aurait bien été matrimoniale et le mari aurait été suffisamment garanti, mais la mère de la future ne l'était plus.

Ces conventions, relatives à des droits indivis, ne rentrent pas dans celles dont parle l'article 1398 : « ... toutes les conventions dont ce contrat est susceptible... ». Le mineur assisté a, d'après ce texte, la capacité de se constituer en dot, d'apporter les biens et droits qui lui appartiennent, de les garder propres, de les rendre dotaux ou communs, c'est déjà une exten-

sion sensible de ses pouvoirs. Elle lui permet de consentir des donations, des aliénations en propriété ou en jouissance, de se prémunir contre les aliénations impliquées par le régime légal. C'est tout ce qu'il faut pour un bon règlement de l'association conjugale, mais il n'y a pas besoin que les droits soient déjà partagés, le mineur peut apporter ses « droits indivis et non encore liquidés » dans telle succession — la formule est courante — tout en fixant d'avance le statut de ces droits pour l'époque où ils seront individualisés, spécialisés sur certains biens.

Le mineur, émancipé par le mariage, aura le droit de toucher seul ses revenus. Si cela ne lui suffit pas, s'il veut s'affranchir de tout rapport avec ses copropriétaires, avoir de l'argent liquide, ou des biens d'une certaine catégorie qui lui seront plus profitables, il doit revenir aux formalités de la tutelle.

Nous croyons, avec la Cour de Bordeaux, que la femme mineure peut donner mandat à son mari de procéder à un partage judiciaire sous l'observation des formes voulues pour les partages de biens de mineurs (art. 819 et suiv.). Nous nous séparons d'elle quand elle dit qu'elle peut aussi lui donner mandat d'aliéner : ou les biens deviennent communs et le mari acquiert sur eux les droits de chef de la communauté, où ils restent propres à la femme (1), et si elle

1. Nous envisageons des biens que le mari n'a pas le droit d'aliéner seul, autres par exemple que la dot mobilière de la femme sous le régime dotal.

donne mandat au mari de les aliéner, il ne le fera que comme curateur d'une mineure émancipée, et devra se pourvoir le cas échéant de l'autorisation du conseil de famille.

La capacité exceptionnelle du mineur qui se marie ne va donc pas jusqu'au partage et aux actes équivalents, qui emportent toujours un abandon de droits à d'autres qu'au conjoint (1), et qui sont une source de dangers, malgré la possibilité de rescision (art. 887). Les actes de cette catégorie qu'il aura faits à la faveur de son contrat de mariage sont nuls ou rescindables, que le mariage ait lieu ou non, indépendamment de la caducité.

Les mêmes actes peuvent être faits par des futurs époux majeurs et maîtres de leurs droits. Ils sont valables bien qu'insérés au contrat de mariage, car dans ce cas le partage peut être fait dans la forme et par tel acte que les parties intéressées jugent convenables (art. 819). Mais ils n'en sont pas davantage des conventions matrimoniales. L'immutabilité n'empêchera pas qu'ils soient au cours du mariage rescindés pour cause de lésion du mineur, comme elle n'empêche pas que le montant des apports soit réduit à la suite d'une déclaration de simulation.

1. Si l'indivision régnait non entre l'incapable et des tiers, mais entre les futurs époux, ce qui sera bien rare, la fiancée mineure, qui pourrait se constituer en dot les biens indivis et donner au mari le droit de les administrer, ne saurait non plus obtenir l'équivalent du partage, car, si elle veut garder ses biens propres, elle peut les stipuler aliénables à charge de emploi, mais elle-même ne pourra prêter son concours nécessaire à cette aliénation que suivant les formes prescrites au mineur émancipé. (Art. 484 et loi du 27 février 1880.)

Le mariage étant resté à l'état de projet, ou ayant été annulé après un certain temps d'existence, ces actes n'en seront pas affectés, ils continueront à produire leurs effets du jour où ils auront été conclus si les parties n'en ont pas autrement convenu, ou même antérieurement, en vertu de l'effet déclaratif du partage.

Cela a été décidé (1) relativement à une cession de droits successifs consentie dans son contrat de mariage par la future épouse majeure. Elle s'était constitué en dot 2.500 francs, formant sa part dans la succession de sa mère, et dont son père était encore débiteur. Puis elle avait, dans le même acte, fait cession à son frère, pour pareille somme, de tous ses biens héréditaires dans ladite succession. Le mariage n'eut pas lieu.

Le fils fut par son père payé de sa part personnelle et de celle ainsi acquise, au moyen d'immeubles. Sur ces immeubles, dont il fut exproprié, un ordre fut ouvert. La sœur étant morte, son fils se présenta dans la procédure, bien que n'ayant pas reçu de notification, en demandant sa collocation pour 2.500 francs, malgré la cession.

L'affaire était très compliquée, mais sur ce point le tribunal de Marvejols, dont la Cour de Nîmes adopta les motifs, rejeta la demande. « Attendu qu'il est vrai que ce contrat de mariage est tombé faute de célébration, mais que le transport n'était pas une convention

1. Trib. Marvejols, 3 juillet 1854 et Nîmes, 25 mai 1857. S. 57. 2. 606.

matrimoniale proprement dite, quoique se trouvant par occasion dans un contrat de mariage ; que le défaut de célébration, qui a fait tomber les conventions de mariage, a laissé debout et dans toute sa force le traité de cession... »

Les effets d'un tel acte porté au contrat de mariage sont donc, en principe, immédiats et détachés de ceux du contrat. Toutefois les parties ont pu réserver ces effets si elles ont des raisons de faire durer l'indivision, et les subordonner entièrement à l'accomplissement du mariage, ce qui rendrait le partage caduc par le jeu de cette condition ; mais une pareille intention n'est pas présumée, elle est moins probable ici que dans les donations, même extérieures au mariage, et ne devra se déduire que d'une clause expresse ou de circonstances très claires. On ajourne souvent un partage précisément pour attendre la capacité de l'un des copartageants, son retour s'il est absent, mais il est rare qu'on suspende ainsi ses effets quand tous sont capables. La copropriété est un mode de possession peu commode, on cherche plutôt le moyen d'y mettre fin. Si pourtant en vertu de raisons spéciales les copropriétaires n'ont pas entendu la faire cesser purement et simplement, le partage tombera à défaut de mariage ; chaque partie pourra sans doute en demander un nouveau (art. 815), mais sera peut-être forcée de recourir aux formes du partage judiciaire.

Donation-partage. — Sans avoir de comptes à rendre à leurs enfants, les parents arrivés à un certain âge, pour leur éviter les frais et les hasards d'un par-

tage en justice, pour prévenir entre eux les contestations, effectuent souvent eux-mêmes ce partage par anticipation, au moyen d'une donation dans laquelle ils attribuent à chacun ce qui lui convient le mieux.

Ce partage, comme s'il était fait après le décès des ascendants par les héritiers eux-mêmes, peut se trouver dans le contrat de mariage de l'un d'eux, et ainsi tous les enfants sont dotés à la fois (1). Mais comme un partage ordinaire, il est en principe indépendant du mariage, et sera acquis, quand même il ne serait pas donné suite au projet d'union, à moins encore que les contractants n'y aient adjoint une condition.

Pourtant cet acte est complexe, et, en tant que donation faite au futur époux, on pourrait le regarder comme régi à son égard par l'article 1088. Quelle face de l'opération faut-il faire prévaloir ? La Cour de Lyon (2) a été saisie de la difficulté.

Deux époux avaient procédé au partage de leurs biens entre leurs deux seuls enfants dans le contrat de mariage de leur fille encore mineure. Le notaire s'était assuré la présence de deux témoins instrumentaires, comme c'était nécessaire pour une donation, mais la fille mineure avait accepté la donation elle-même, avec l'assistance des parents donateurs. Cela avait paru suffisant puisqu'il y avait convention matrimoniale et par suite dérogation aux règles de la tutelle. Dans

1. Bonnet ne prévoit pas cette hypothèse quand il dit que « le partage d'ascendant sera rarement l'accession d'un autre contrat. » (*Théorie et pratique du partage d'ascendants*. Paris, 1874, I, no 368.)

2. 30 nov. 1874. S. 76. 2. 328 ; D. 77. 2. 212.

la première partie de l'acte, formée du contrat de mariage même, on n'avait pas constitué en dot à la future les biens qui allaient lui être abandonnés, et dans la seconde, on ne l'avait pas appelée future épouse. Mais, comme le remarque l'arrêt, ces erreurs ne suffisaient pas à faire de la donation une deuxième disposition indépendante, distraite du contrat de mariage.

La donation-partage fut cependant attaquée sous prétexte qu'elle était un acte distinct, et l'on prétendit qu'elle était nulle parce que la mineure avait agi seule, avec l'assistance des ascendants donateurs. La Cour répondit que « la loi n'interdit nulle part aux père et mère qui dictent les conditions du mariage d'un de leurs enfants, de souscrire dans le même acte des avantages particuliers vis-à-vis des autres, de procéder notamment au partage de leurs biens entre tous leurs héritiers, et qu'alors l'acte qui contient ce double règlement est assujéti aux règles du contrat de mariage en ce qui concerne les futurs époux, tout en restant sujet aux règles ordinaires pour les autres enfants... ».

Cependant une clause spéciale spécifiait que la donation devait recevoir son exécution même dans le cas où le mariage n'aurait pas suivi, ce qui semblait écarter l'idée d'une donation matrimoniale. Mais, dit la Cour, cette clause découlait naturellement de la situation et elle doit se rencontrer toujours en pareil cas ; les prescriptions de l'article 1087 sont suffisamment remplies quand la donation est

contenue au contrat de mariage, il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite uniquement en vue du mariage projeté.

La donation fut ainsi validée. Les annotateurs de l'arrêt en approuvent la teneur et se bornent à rappeler les règles des donations par contrat de mariage, sans penser que l'acte incriminé pût être autre chose. Dans l'espèce il pouvait passer pour régulier, mais les motifs exposés nous semblent discutables.

Une donation à titre de partage anticipé n'est pas rien qu'une donation. Si c'est la qualification qui lui convient dans les rapports de l'ascendant donateur avec les descendants, dans les rapports des copartagés entre eux, elle doit être envisagé plutôt comme un partage. MM. Baudry-Lacantinerte et Colin (1), qui notent les deux côtés de l'acte, ne demandent des descendants que la capacité de recevoir une donation entre vifs. Telle est aussi l'opinion commune, et de fait, l'article 1056 dit que le partage pourra être fait « avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs... »

L'application de cette règle serait très claire si la disposition était scindée en autant de donations qu'il y a de bénéficiaires, et si l'on pouvait estimer séparément la capacité de chacun à recevoir celle qui lui est destinée. Mais elle forme un tout, qui sera vicié par l'incapacité d'un seul des descendants, et

1. *Don. entre vifs et test.*, 2^e éd., II, n^o 3512. — *Comp.* n^{os} 3510 et 3659. — M. Planiol dit aussi que c'est « la capacité de droit commun qui est nécessaire » (2^e éd. III, n^o 3363).

c'est en cela que reparait le caractère de partage.

De même que la lésion de plus du quart subie par l'un des copartagés rend le partage rescindable (art. 1079), de même son incapacité, s'il est mineur, de recevoir une donation (art. 463 et 935), ouvre à son profit une action en nullité ou en rescision dont l'effet atteindra non seulement la donation à lui faite, mais aussi celles que les autres avaient reçues.

Si le partage anticipé est fait dans le contrat de mariage de l'un des descendants, puisqu'on le regarde quant à la capacité comme une donation, ce sera une convention matrimoniale pour ce descendant, qui pourra donc se dispenser de l'accepter au moins expressément (art. 1087), et s'il est mineur, accepter avec la seule assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour le mariage (1398). Mais comme ce sont des règles dérogatoires au droit commun, la donation-partage sera à son égard complètement dépendante du mariage, et par conséquent sera caduque s'il n'a pas lieu ou s'il est annulé.

L'usage de la capacité spéciale au contrat de mariage doit impliquer chez les contractants l'intention de subordonner leur acte au mariage, et la Cour de Lyon donne à tort un sens littéral à l'article 1087 du Code civil : « Les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation. » En effet, l'article 1088, qui s'adresse aux donations « en

faveur du mariage », se lit généralement comme une extension de l'article précédent ; les mêmes donations sont visées dans les deux articles, mais le premier exige une condition supplémentaire, c'est qu'elles soient insérées au contrat de mariage.

Cette condition même étant remplie, la dispense d'acceptation, la capacité de faveur, ne s'appliqueront pas aux donations qui, comme le partage attaqué, sont destinées à subsister même en l'absence du mariage : et celui-ci n'ayant pas lieu, elles seront caduques. Tous les copartagés s'en ressentiront, et vis-à-vis d'eux, c'est toujours l'incapacité ou le défaut d'acceptation qu'on invoquera, le mineur se plaindra parce qu'il a agi sans les autorisations ordinaires ; mais entre lui et le donateur, on parlera de caducité parce que la donation y était sujette, n'ayant de valeur que par les règles du contrat de mariage : il n'y a plus dispense d'acceptation, la capacité propre aux conventions matrimoniales devient insuffisante. Présenté sous cette forme, le vice d'incapacité réagira encore sur tous les copartagés, parce que la donation-partage est une opération d'ensemble dont toutes les parties se tiennent.

Ces conséquences ne se produiraient pas si on avait pris soin d'exiger de chaque partie la capacité et l'acceptation expresse suivant le droit commun. L'acte aurait une existence propre, et on aurait pu stipuler valablement qu'il s'exécuterait même dans le cas où le mariage n'aurait pas lieu, pour le soustraire à la caducité.

Est-ce à dire que la donation-partage soit nécessairement convention matrimoniale dans un cas et non dans l'autre ? Aucunement. Mais elle ne peut pas être autre chose si elle n'a été passible qu'à la faveur des règles exceptionnelles du contrat de mariage (1). Si au contraire elle présente les garanties suffisantes en toute hypothèse, elle pourra encore sans doute être subordonnée à la célébration et à la validité du mariage, mais le plus souvent les parties auront entendu faire un acte définitif, sans quoi l'ascendant aurait fait à chacun une donation distincte, et le mineur ne pourra plus attaquer cet acte puisqu'il a été habilité régulièrement (2).

Que faudrait-il décider si, comme dans l'espèce jugée par la Cour de Lyon, les termes de l'acte, qui doit subsister même en dehors du mariage, démentaient le caractère de convention matrimoniale qu'on

1. Ainsi le partage qui, normalement, dépasse la capacité d'un mineur pour son contrat de mariage, lui est ici exceptionnellement permis ; mais il subit le partage plus qu'il contribue à sa confection, et seuls les biens des ascendants peuvent être ainsi partagés.

2. La donation-partage qui peut être disjointe du contrat de mariage sans cesser d'être valable, ne sera pas caduque comme convention matrimoniale ; sera-t-elle néanmoins protégée par l'immutabilité ? M. Delépoulle lui refuse ce caractère (*Immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse Paris, 1894, p. 230). Nous sommes d'avis contraire : quand la donation-partage est subordonnée au mariage, elle est certainement immuable vis-à-vis de l'enfant qui se marie, car il reçoit une donation à cause de mariage à laquelle notamment il ne pourra pas faire de renonciation abdicative. Mais il en est encore ainsi, bien que la donation-partage ait été faite pour elle-même et que le mariage en ait été seulement l'occasion : quand l'acte est consenti par le mineur ou pour lui conformément au droit commun de sa capacité, c'est qu'on a voulu en prévenir la caducité ; mais s'il est plus qu'une convention matrimoniale, il reste convention matrimoniale et partant immuable.

lui suppose en le faisant sans les autorisations ordinaires ? Strictement, l'acte serait nul ou rescindable, puisqu'il a été envisagé comme pur et simple, mais cette solution serait sévère puisque l'événement du mariage, pour lequel il était régulier, s'est réalisé. C'est ce qu'a pensé la Cour de Lyon, nous lui reprochons seulement de s'être appuyée sur des motifs trop généraux

D'ailleurs, même en adoptant la solution rigoureuse quand le mariage a eu lieu, ou bien si, la donation-partage n'ayant été faite que grâce à la capacité spéciale de l'article 1398, le mariage faisait défaut, on pourrait refuser, pour des raisons différentes, de l'annuler.

Quand les deux parents existent encore, il n'y a pas tutelle, mais administration légale : on ne peut exiger l'autorisation du conseil de famille (art. 463) puisqu'il n'y en a pas ; et la jurisprudence, à défaut de réglementation légale, reconnaît au père administrateur des pouvoirs bien plus larges que ceux du tuteur. Ils peuvent même comprendre celui d'accepter une donation faite à l'enfant mineur, puisqu'ils renferment celui d'intenter une action relative aux immeubles(1), de demander l'envoi en possession d'un legs universel (2), d'acquiescer à un jugement relatif à des droits immobiliers (3).

Le père est donc qualifié pour recevoir une dona-

1. Bourges, 11 fév. 1863. S. 63. 2. 121.

2. Paris, 4 juin 1865. S. 65. 2. 216.

3. Cass., 3 juin 1867. S. 67. 1. 273.

tion-partage faite à son enfant mineur par un autre ascendant : ses pouvoirs d'administrateur légal ne sont pas exceptionnels comme les dispositions des articles 1087 et 1398. Mais il ne saurait accepter une donation faite par lui-même, l'opposition d'intérêts exigeant la nomination d'un administrateur *ad hoc* par analogie de ce qu'on décide pour le tuteur et le curateur (1).

Tout ascendant, autre même que le père, puisse en outre dans l'article 935 le droit d'accepter les donations faites au mineur. L'ascendant qui figure à l'acte comme donateur ne peut pas accepter sa propre donation sans se voir encore opposer l'adage *Nemo in rem suam auctor esse potest*. Mais la donation-partage faite par un seul des époux peut être acceptée par l'autre au nom des mineurs (2), celle qui est faite par le père et la mère de leurs biens entre leurs enfants et descendants est valablement acceptée pour les mineurs par chacun des ascendants donateurs quant à la portion donnée par son conjoint (3).

La Cour de Lyon aurait pu valider de ce chef la donation-partage dont on discutait devant elle : ce procédé n'est pas propre au contrat de mariage. Mais il ne sera pas toujours utilisable : le concours de tous les ascendants n'est pas indispensable, et si le disposant qui assiste le mineur dans son contrat de mariage est

1. V. pour le tuteur, Cass. rej., 27 juillet 1892. D. 92. 1. 457 ; pour le curateur, Bruxelles, 26 janv. 1850. D. 53.5.168 et Bonnet. *Théorie et pratique des partages d'ascendants*. I, n. 198.

2. Lyon, 23 mars 1877. S. 78.2. 138 ; D. 78. 2. 33.

3. Poitiers, 20 fév. 1861. D. 61. 2. 465.

seul survivant des père et mère, il faudra qu'il se trouve, à la signature du contrat, d'autres ascendants disposés à accepter pour l'incapable ; cette acceptation même suppose qu'on jugeait insuffisante chez le mineur la capacité dont il jouit pour son contrat de mariage.

§ 2. — *Compte de tutelle, reconnaissance de dette, donation avec charges excessives, convention de nourriture, société, bail.*

Compte de tutelle. — Le contrat de mariage, qui réunit presque toujours les différents intéressés devant le notaire, peut être l'occasion de la reddition à l'un des futurs époux de son compte de tutelle (1) : l'ex-pupille, ayant reçu ou connaissant le solde de la gestion de son tuteur, pourra le faire figurer dans son actif constaté. L'oyant compte doit être au moins émancipé, et dans ce cas il lui faut l'assistance de son curateur (art. 480). S'il n'est pas émancipé, le compte est prématuré, et on n'y suppléerait pas par une déclaration, faite par lui dans le contrat de mariage, que son apport lui provient de la succession de ses parents non encore liquidée. De la part d'un mineur, cette déclaration ne peut valoir un compte de tutelle, qui dépasserait sa capacité (2). Elle serait insuffisante,

1. La validité du compte de tutelle rendu dans ces conditions est certaine. La Cour de Gand (24 avr. 1822. Pasier. 82. 2. 212) a même énoncé que « rien ne s'oppose à ce que le compte soit rendu verbalement » ; mais il serait téméraire de se reposer sur la foi d'une pareille décision, car il y aura toujours une difficulté de preuve. Nous ne croyons pas même que le vœu du législateur (art. 472 et 907) soit rempli.

2. Paris, 14 janv. 1897. *Rép. génér. du not.*, art. 9563.

alors même qu'il aurait atteint sa majorité, pour décharger le tuteur aux termes de l'article 472.

Le compte a pu être provoqué par la conclusion du mariage, mais il n'intéresse pas directement ce mariage, il n'est pas une convention matrimoniale. Une fois rendu, il sera impossible de revenir sur son contenu, encore que le mariage ne se produise pas ou soit annulé. Mais le tuteur est très souvent un ascendant. Il peut, dans une intention libérale, négliger de porter au compte certains articles de dépenses : c'est une donation déguisée, qui n'a rien de répréhensible, à l'inverse de celle que le mineur devenu majeur pourrait faire malgré lui à son tuteur, et contre laquelle les articles 472 et 907 doivent le prémunir. Toutefois, si le donateur veut pouvoir retirer sa libéralité au cas où le mariage n'aurait pas lieu, il doit se réserver une preuve de ce qui lui est dû, et dont il fait remise en faveur du mariage seulement.

La donation peut être obtenue indirectement au moyen d'une reconnaissance de dette faite par le futur époux à la suite du compte de tutelle ou même postérieurement. La Cour de cassation (1) a jugé que, lorsqu'un contrat de mariage, auquel la future épouse procède en présence et du consentement de sa mère qui a été sa tutrice, la constitue débitrice envers cette dernière d'une certaine somme pour prêts et avances, et règle les conditions du remboursement, la mère en n'élevant à cet égard aucune protestation ni

1. 6 août 1888. S. 89. 1. 7

réserve, a renoncé implicitement à toutes autres créances pouvant résulter de son compte de tutelle. Si le mariage n'avait pas eu lieu, la donatrice aurait pu contester cette renonciation en prouvant qu'elle ne se justifiait que par la considération du mariage.

Reconnaissance de dette. — Mais une reconnaissance de dette peut être portée dans le contrat de mariage sans se rattacher à aucun compte de tutelle. Pas plus que ce compte, elle n'est une convention matrimoniale ; cependant, faite au profit des futurs époux par l'un d'eux ou surtout par les tiers, elle peut contenir implicitement une déclaration d'apport ou dissimuler une donation.

La donation se présentait d'elle-même sous cette forme, ou bien on l'a ainsi déguisée pour échapper à la limitation de la quotité disponible ou pour éviter des droits fiscaux. Elle sera totale si la dette n'existait pas auparavant ou, ce qui pratiquement revient au même, ne pouvait pas être prouvée. Elle sera partielle si la dette reconnue est plus forte que celle qui existait auparavant, s'il est dû désormais des intérêts qui ne l'étaient pas, si le terme d'exigibilité est avancé. Pour la partie qui renferme un avantage, la reconnaissance de dette aura le sort d'une donation, toujours à la condition que son auteur en fasse la preuve.

Mais elle peut être constitutive du droit du futur époux à un autre titre que celui de donataire, ou n'être que le rappel d'une dette antérieurement contractée. En tous cas, elle oblige celui qui la souscrit.

D'après un arrêt de la Cour d'Angers (1) même, le père, signant comme simple témoin, mais sans faire aucune réserve, le contrat de mariage dans lequel son fils se déclare créancier envers lui d'une certaine somme, ne saurait plus tard échapper à l'action des créanciers de son fils en prouvant que cette déclaration est mensongère. Cette décision, conforme aux règles sur la simulation (art 1321), est contestable, car le débiteur n'avait pas fait vraiment une reconnaissance ; mais sa présence peut être considérée comme une adhésion tacite à la déclaration du futur, elle est de nature à induire les tiers en erreur, même si ce débiteur n'intervient que comme témoin.

La reconnaissance de dette qui n'est pas une donation est un acte indépendant du mariage, ou bien elle est seulement de la part du débiteur une attestation, de la réalité de l'apport. Cependant, si cet apport n'est pas constaté par ailleurs, la reconnaissance, faite en présence du futur époux créancier, peut remplacer une déclaration d'apport expresse de la part de ce dernier.

En somme, la reconnaissance de dette, qui n'est pas convention matrimoniale, peut le devenir si, portée au contrat de mariage, elle renferme une donation adressée aux futurs époux ou à l'un d'eux, ou une déclaration d'apport.

Donation avec charges excessives. — Il importe de ne pas tolérer, sous le couvert des règles du contrat

1. 18 juil. 1873. S. 76. 2. 16.

dé mariage, tous les actes touchant de près ou de loin à l'union projetée, quand même ils paraîtraient destinés, dans une intention louable, à faciliter au futur époux son apport en mariage en déterminant son objet d'une façon précise : nous l'avons vu déjà pour le partage. L'expérience montre que parfois les conventions qu'on fait souscrire aux mineurs avec des tiers dans ces circonstances ne leur sont rien moins que favorables.

Les tribunaux ont dû annuler des actes qui, qualifiés de donations, imposaient au mineur de telles charges au profit même des proches parents, tels que les père et mère, qu'elles devenaient de véritables contrats à titre onéreux (1), ou qui portaient sur des biens dont le prétendu donataire avait déjà la propriété à titre d'acheteur (2).

Ces actes, faits par des majeurs, seraient inattaquables sauf pour erreur, violence ou dol, et interprétés comme des aliénations ou renonciations à titre onéreux. Le défaut de mariage ou son annulation les laissera debout si le contraire n'a été spécialement stipulé : ce ne sont pas des conventions matrimoniales.

Convention de nourriture. — Chaque ménage nouveau qui se forme se crée d'ordinaire une vie propre et un foyer indépendant, avec un budget autonome : c'est pourquoi on rencontre dans les contrats de mariage des comptes de tutelle, des partages et donations-partages. Mais il peut aussi conserver ou se-

1. Cas., 10 déc. 1867. S. 68. I. 121. D. 67. I. 465.

2. Cass., 11 déc. 1882. S. 83. I. 411. D. 83. I. 133.

donner des intérêts communs avec des tiers, et principalement avec des membres de la famille. Cela a lieu surtout relativement à la subsistance : les parents s'engagent à subvenir aux besoins du nouveau ménage, soit gratuitement, soit en échange de certains services rendus, ou au contraire, les enfants dotés par leurs parents s'obligent, au lieu de leur servir une rente viagère, à pourvoir à tous leurs frais d'entretien. Normalement ces engagements ne sont susceptibles que d'une exécution temporaire, qui prendra fin au décès de l'ascendant.

Nous ne pouvons détailler tous les types de clauses d'où naissent, pour le temps du mariage et à cause du mariage, des rapports juridiques entre les époux et des tiers (1). Mais les termes variables dans lesquels elles sont rédigées en feront suivant le cas, soit des donations au profit des époux, c'est-à-dire des conventions matrimoniales, soit des charges de donations qu'ils reçoivent, soit des opérations entièrement à titres onéreux, qui ne tiennent au mariage que par la volonté des parties.

Si les époux, recevant une donation, ont assumé certaines charges, celles-ci suivront la donation et

1. Ces clauses sont assez en usage si on en juge par les recueils traitant du droit fiscal, qui en relatent une grande variété. (V. *Dict. des dr. d'enregistrement*, II, V^o Contrat de mariage, n^{os} 96-117 : Conventions de nourriture ; n^{os} 118-150 : Conventions diverses.) Les qualifications qu'elles reçoivent suivant le cas, bail de nourriture à titre onéreux, donation de nourriture, donation facultative ou société, ont une grande influence pour l'enregistrement, car la nature et l'importance du droit à percevoir en dépendent, mais elles ne sont pas toujours très conformes aux principes du droit civil.

disparaîtront avec elle à défaut de mariage valable ; leur inexécution pourra en amener la révocation. Si l'acte est au fond à titre onéreux, il sera étranger au contrat de mariage proprement dit, il ne dépendra du mariage que dans la mesure où on a fait de celui-ci la condition de son efficacité, et il ne jouira pas de l'immutabilité.

Faisons, à titre d'exemple, l'application de ces principes à une affaire qui fut jadis déférée à la Cour de Bordeaux (1). Un contrat de mariage stipulait que les futurs époux « habiteraient en la compagnie du sieur... père, et lui porteraient leurs travaux, revenus et industrie, à charge par ledit... père de nourrir et entretenir les futurs époux et les enfants à naître de leur union ». Au cours du mariage, le père et le fils s'étaient mutuellement relevés de ces obligations reconnues réciproques. Il fut jugé, à la mort du père, contre ses héritiers, qui demandaient un partage des biens acquis par le jeune ménage même depuis la résiliation de l'arrangement, qu'il n'y avait pas lieu au rapport, ni par suite au partage de ces biens. Les motifs ne mettent en avant que la liberté pour le père et le fils de rentrer dans une situation indépendante et affranchie d'engagements respectifs.

La résiliation était donc efficace. Comme on avait contracté avant le Code civil, en 1794, l'article 1395 ne fut pas invoqué. Mais l'immutabilité, d'une façon plus générale, ne pouvait être mise en cause que si l'on regardait l'acte comme une donation, qui était

1. 26 juillet 1838. S. 39.2.51. D. 39.2.67.

alors grevée de charges : les donataires, en se faisant exonérer des charges, avaient renoncé en même temps indûment à l'émolument ; mais les héritiers du donateur auraient dû être les derniers à s'en plaindre, car l'immutabilité n'est pas édictée dans leur intérêt plus que dans celui de leur auteur. D'ailleurs, ce qu'ils demandaient ne pouvait être considéré comme l'équivalent des charges non exécutées : le donateur n'y avait plus droit, puisque lui-même s'était affranchi des conséquences de sa libéralité, et le réclamer, c'eût été s'obliger à rétablir la donation.

Si donc il n'y avait eu vraiment que donation avec charges, les héritiers n'auraient eu aucun avantage à protester contre sa résolution. Mais l'acte était en réalité à titre onéreux puisque par la résiliation le père et le fils, dit l'arrêt, s'étaient mutuellement relevés d'engagements qu'ils trouvaient trop lourds. Ces engagements consistaient, suivant nous, en un bail de nourriture et d'entretien moyennant le versement au père des revenus des époux, et surtout dans un louage de services dont le salaire, très aléatoire, l'entretien de toute une famille, était fixé à forfait, mais qui, aujourd'hui, pourrait toujours cesser par la volonté de l'une des parties contractantes, étant fait dans détermination de durée (art. 1780). Le contrat ayant été résilié d'un commun accord, toutes les parties étaient déliées de leurs obligations.

Cette combinaison avait peut-être déterminé l'un des époux à contracter mariage parce qu'elle lui assurait une position et un minimum pour sa subsistance

et son entretien. Elle tenait lieu de régime, ou plutôt elle en était la négation dans une certaine mesure, en affectant aux besoins communs les revenus et les produits de l'industrie de chaque époux ; ils ne faisaient l'objet d'aucun compte et n'étaient ni propres ni communs. Le résultat était le même que si, ces produits tombant en communauté, le mari avait traité avec un tiers qui, moyennant leur versement intégral, se fût engagé à subvenir aux besoins de la famille. La clause impliquait l'existence d'un mariage, et devait tomber avec lui, mais elle n'était pas une convention matrimoniale, pas plus qu'elle ne l'eût été si le contrat n'avait été conclu qu'après le mariage.

Société. — Dans un ordre d'idées un peu différent, il peut se conclure dans le contrat de mariage un contrat de société, soit entre les époux seuls, soit entre eux ou l'un d'eux seulement et des tiers,

La jurisprudence a toujours annulé la société entre époux comme incompatible avec les principes de l'union conjugale (1). Elle ne reconnaît pas davantage les sociétés conclues entre les deux époux et un tiers (2). De pareilles conventions ne seraient pas sauvées parce qu'elles seraient inscrites dans un contrat de mariage : une société universelle de gains établie par contrat de mariage entre un mari, sa femme et sa belle-mère, et qui avait duré vingt-sept ans, ayant été annulée par simple jugement auquel les plaideurs avaient acquiescé, la Cour de Bourges,

1. Cass., 7 mars 1888. S. 88.1.305 ; D. 88.1.349. — 8 déc. 1891. S. 92.1.61 ; D. 92.1.539.

2. Cass., 23 avril 1902., Pand. fr. 03.1.149.

approuvée par la Cour de cassation, en ordonna la liquidation comme société de fait (1).

Mais il n'y a pas lieu d'être aussi sévère à l'égard de la société contractée entre l'un des époux, fût-il la femme, pourvu qu'elle soit dûment autorisée, et un tiers. Or, le mari peut, dans son contrat de mariage, former une société, soit universelle, soit particulière, avec des tiers, le plus souvent ses parents ou ses beaux-parents. On ne voit pas bien le but d'une société universelle (2) conclue dans ces conditions, mais une société particulière fournira au futur époux un établissement qui profitera à l'association conjugale et pourra le préparer à prendre seul la suite d'une entreprise.

Mais cette convention peut sans inconvénient être retranchée du pacte matrimonial, auquel elle se superpose simplement, bien qu'elle ait pu favoriser l'accord des parties. Théoriquement, elle pourra recevoir son exécution indépendamment de ce pacte, mais il est à présumer qu'elle a été conçue dans des termes

1. Bourges, 16 janv. 1900 et Cass., 5 mai 1902. D. 03. 1. 207. Pand. fr., 05. 1. 155.

2. Société universelle de gains entre le mari et son père : Cass., 29 déc. 1885. Pand. fr., 87. 1. 759. La société universelle est un type de contrat peu usité : son emploi est souvent empêché par la disposition de l'article 1840, qui le prohibe entre personnes dont l'une a des héritiers réservataires, et par suite entre un père et l'un de ses enfants s'ils sont deux ou plusieurs. (Bourges, 30 mars 1835. 39. 1. 545, sous Cass., 25 juin 1839.)

On ne doit pas oublier aussi que toute société, même particulière, entre successibles, est présumée contenir une libéralité qui donne lieu à rapport si elle n'est constatée par acte authentique (art. 854 ; Cass., 17 août 1864 ; D. 65. 1. 304). Cette condition de solennité est remplie dans le contrat de mariage.

tels que son exécution suppose le mariage accompli, ne commence qu'après la célébration. On raisonne-rait de même sur tout acte du même genre : vente, cession de fonds de commerce.

Bail. — Nous passerons brièvement sur le bail consenti par l'un des futurs époux de ses immeubles dans son contrat de mariage, au profit de ses parents ou d'un tiers quelconque, ou au contraire par un tiers au profit de l'un des fiancés ou des deux.

La location ne concerne que très accessoirement l'union conjugale. Dans le premier cas, elle est un acte d'administration extérieure, une manière pour le futur de faire valoir des biens, à moins que le chiffre majoré du loyer n'en fasse une donation, ou inversement, que sa modicité n'exclue tout bénéfice de l'opération, auquel cas elle pourrait être soit une donation par le futur époux, soit la charge d'une donation à lui faite. Dans le second cas aussi, c'est-à-dire quand il est consenti par un tiers aux futurs, le bail peut se résoudre en une donation.

Mais lorsqu'il y a vraiment bail et non pas donation ou charge assumée en retour d'une donation, la convention n'est pas matrimoniale, elle s'inspire autant de l'intérêt du tiers que de celui de l'époux. Un mineur non émancipé ne pourrait, même dans son contrat de mariage, la consentir que par l'organe de son tuteur pour une durée de neuf ans au plus. Le mariage ne l'entraînerait pas dans sa chute, à moins que les parties n'en aient manifesté la volonté, comme il en serait de tout autre acte. Elle serait susceptible

de modifications au cours du mariage, nonobstant l'article 1395, et c'est à tort que la Cour de Nîmes (1) a vu un changement prohibé par cet article dans la remise du prix du bail faite verbalement par une femme après son mariage à ses père et mère auxquels elle avait affermé ses immeubles.

§ 3. — *Reconnaissance d'enfant naturel.*

Mais les affaires d'intérêt ne forment pas la matière unique des conventions adjointes aux contrats de mariage. Touchant les questions d'état, on y insère assez fréquemment des reconnaissances d'enfants naturels. Comme la loi (art. 334) exige l'authenticité pour ces reconnaissances, il semble que les futurs époux, étant réunis devant le notaire, ne puissent trouver meilleure occasion, si ce n'est l'acte même de mariage (art. 331), quand ils ont déjà eu des relations intimes, d'où sont nés des enfants qu'ils se proposent de légitimer, pour faire la reconnaissance préalable.

Il est constant en effet, en doctrine et en jurisprudence, que celle-ci n'est pas nécessairement l'objet principal d'un acte authentique qui serait dressé tout exprès. L'aveu de paternité peut être contenu, même en termes simplement énonciatifs (2), dans tout acte revêtant la forme voulue : dans une procuration nota-

1. 7 février 1852. D. 55. 5. 112.

2. Cass., 24 janvier 1888. S. 89. 1. 152 ; 2 janvier 1895. S. 95. 1. 115. D. 95. 1. 367.

riée ayant un autre objet que la reconnaissance (1), dans l'acte de mariage de l'enfant (2), dans son propre contrat de mariage (3), et aussi dans un testament authentique.

Ce dernier acte a provoqué toutefois une controverse, à raison de son caractère essentiellement révocable. Un parti en doctrine, qui a pour lui l'autorité de Demolombe (4), estime que la reconnaissance fait partie intégrante du testament, et par suite peut être effacée par une volonté contraire ultérieurement manifestée. « N'objectez pas, dit Demolombe, que la reconnaissance d'un enfant naturel est irrévocable dès qu'elle est faite ; oui, dès qu'elle est faite, mais je nie qu'elle le soit ;... ». Mais l'opinion inverse l'emporte en jurisprudence (5), et elle semble mieux d'accord avec les textes du Code, et notamment avec l'article 895, qui semble rendre le testament irrévocable en tant seulement qu'il est un acte de disposition des biens (6).

Par une inconséquence qui compromet son système, la jurisprudence a refusé à l'enfant le droit de se prévaloir de la reconnaissance du vivant de son

1. Agen, 16 avril 1822. S. chr. — Paris, 22 juin 1872. S. 72. 2. 191. D. 73, 3. 64.

2. Amiens, 26 novembre 1891. D. 92. 2. 425.

3. Caen, 11 août 1863. Rec. arr., Caen et Rouen, 1864, p. 138. — Pau, 2 juillet 1865. D. 86. 2. 165.

4. V. n° 455.

5. Aix, 10 février 1806. S. chr., II, 2. 113. — Amiens, 9 février 1826. S. chr., VIII, 2. 188. — Bastia, 5 juillet 1826. S. chr. VIII, 2. 254.

6. Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *Des personnes*, III, n° 656.

auteur pour réclamer une pension alimentaire (1). Cependant il y a des décisions en sens contraire, et la Cour de Bastia (2) a jugé que la reconnaissance constitue un acte de l'état civil « quelle que soit la nature de l'acte authentique qui renferme ladite reconnaissance », et a ordonné la délivrance d'un extrait du testament, dans la partie seulement relative à la reconnaissance, pour être fourni à l'appui d'une demande d'aliments (3).

La reconnaissance ainsi faite n'est donc pas une disposition testamentaire ; elle ne sera pas davantage une convention matrimoniale parce qu'elle figurera dans le contrat de mariage. C'est d'autant plus certain qu'on ne peut pas invoquer pour le contrat de mariage un caractère secret qu'il n'a pas.

En admettant même que le mariage ne se réalise pas ou soit annulé, il restera du contrat de mariage

1. Amiens, 9 fév. 1826. S. chr. ; D. 29. 2. 163.

2. 5 juil. 1826. S. chr. ; D. 27. 2. 65.

3. M. Huc (*Commentaire du dr. civ.*, III, n° 78) établit une distinction suivant que l'acte est avant tout et principalement une reconnaissance renfermant comme accessoire une disposition testamentaire, ou contient en réalité deux actes distincts et indépendants, principaux tous les deux, une reconnaissance d'enfant et un testament, auquel cas la révocation du testament laisserait subsister la reconnaissance, ou qu'au contraire il est, dans son objet principal, un testament, contenant comme accessoire une reconnaissance ainsi libellée, par exemple : « J'institue un tel, mon fils, pour légataire », rédaction qui ferait du tout une disposition de biens que le testateur aurait le droit de faire rentrer dans le néant juridique.

Cette distinction n'a rien d'absolu : les tribunaux, approuvés par la majorité de la doctrine, se réservent un pouvoir d'appréciation, nous savons qu'ils sanctionnent souvent les reconnaissances faites en termes purement énonciatifs. V. Massigli, note de jurisprudence, *Rev. crit.*, 1890, p. 460.

un instrument de preuve pour tout ce qui ne concerne pas l'union. Or une reconnaissance d'enfant naturel est de sa nature irrévocable. Elle constitue un aveu sur lequel il n'est pas permis de revenir ; ce n'est pas un engagement dont on puisse se délier tant qu'il n'a pas été accepté, mais la constatation d'un fait, assez grave pour n'être pas faite à la légère.

Comme tout acte juridique, la reconnaissance doit émaner d'une volonté libre et réfléchie de son auteur. Elle sera donc annulable si elle a été obtenue par dol (1) ou par violence, si elle est le résultat d'une erreur (2) portant sur la substance, c'est-à-dire sur la personne même de l'enfant.

Mais d'après l'article 339. « Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère... pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. » On a beaucoup discuté sur ce texte, pour savoir si l'auteur même de la reconnaissance est apte à la contester comme contraire à la vérité, la doctrine est divisée entre deux opinions qui se défendent par de bons arguments.

Dans la première (3), il ne faudrait pas restreindre aux vices du consentement les causes d'annulation de la reconnaissance, sa fausseté en serait une également. La maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem*

1. Douai, 17 mars 1840. S. 40. 2. 255. — Trib. Bordeaux, 25 mars 1896. *Gaz. Trib.*, 18 sept. 1896.

2. Aix, 22 déc. 1852. S. 54. 2. 231.

3. Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneau. *Des personnes*, III, n° 660, 3°, et les autorités citées.

allegans ne peut être invoquée contre les termes généraux de l'article, qui donne qualité à « tous ceux qui y ont intérêt » pour attaquer la reconnaissance. Si le père et la mère n'y étaient pas compris, il faudrait leur refuser le droit de contester la réclamation faite par l'enfant, et l'on ne peut aller jusque là. L'article 1356, qui dit que l'aveu ne peut être révoqué, et fait pleine foi contre celui qui l'a fait, ne concerne que les droits patrimoniaux.

Ce système a été consacré par deux arrêts de la Cour de Paris (1), et un arrêt de la Cour d'Aix (2). En s'y conformant, on pourrait dire de la reconnaissance mensongère ce que nous avons dit des déclarations d'apport simulées : qu'elles soient ou non conventions matrimoniales, on peut démontrer leur inexactitude, car elles ne sont que la révélation, la constatation d'un fait qui est censé exister.

En sens opposé, et avec raison d'après nous, on insiste sur les termes de l'article 339, qui admettent certaines personnes à « contester » ; ils ne peuvent s'appliquer à celui-là même qui a fait l'aveu (3). De plus, la loi n'ayant pas réservé à l'auteur de la reconnaissance le droit d'en prouver la fausseté, elle jouit d'une présomption absolue de vérité. C'est un acte de l'état civil, qui est irrévocable, et ne peut être abandonné au caprice des individus. En matière de filiation légitime, une présomption simple répute le mari

1. 14 décembre 1833. S. 34.2.6. — 23 juillet 1853. S. 54.2.329.

2. 22 décembre 1852. S. 54.2.321.

3. Demolombe, V. n° 437.

père des enfants nés du mariage ; c'est pourquoi il peut se défendre contre cette présomption et intenter l'action en désaveu. Mais il n'y a pas les mêmes raisons pour autoriser un individu à détruire une paternité qui lui revient non par une fiction de la loi, mais par sa propre déclaration. La situation serait inégale entre le père et l'enfant ; ce dernier, eût-il les mains pleines de preuves de sa filiation, ne peut la rechercher en justice, tandis que le premier pourrait s'en faire un jouet, ne faisant un aveu que pour ensuite le rétracter.

Les considérations d'ordre public qu'on peut opposer ne sont pas déterminantes, car si les juges doivent avant tout faire triompher la vérité, et déjouer les fausses paternités qui troublent la composition des familles et l'ordre des successions, le scandale serait grand aussi de voir l'auteur même de la reconnaissance proclamer qu'il n'avait endossé que par complaisance la parenté d'un enfant qui lui est étranger, et cela, peut-être après avoir épousé la mère.

C'est vers ce second système que penche la jurisprudence la plus récente, représentée par un arrêt de la Cour de Paris (1). Il a débouté le demandeur qui arguait de nullité à l'encontre de la mère, pour défaut de sincérité, la clause d'un contrat de mariage passé entre eux, par laquelle il reconnaissait son enfant.

Il y avait eu un projet de mariage, mais auquel ils n'avaient pas donné suite ; le mari manqué offrait de

1: 22 janvier 1855. S. 55. 2. 1. Cet arrêt est accompagné d'une note qui développe l'un et l'autre systèmes.

faire la preuve par titres et par témoins de sa non-paternité. Cela ne lui fut pas permis, mais ce n'était qu'un des côtés d'un système de discussion plus complet adopté par lui en première instance. Il y avait soutenu que la reconnaissance lui avait été arrachée comme condition du mariage par les obsessions de la fiancée, — obsessions dont il ne fut pas tenu compte, — mais surtout, et c'est ce qui nous intéresse, que sa reconnaissance n'était que conditionnelle et subordonnée à la validité du mariage.

Le tribunal de la Seine (1) avait fait très exactement le départ entre la reconnaissance et les conventions matrimoniales : « Attendu que... l'acte du..., sans effet comme contrat de mariage, par une circonstance indépendante de sa forme, n'en conserve pas moins sa valeur comme contenant une reconnaissance d'enfant ; que cette reconnaissance constitue un acte distinct, qui se soutient par lui-même, et doit survivre à la caducité dont se trouve atteint ce même contrat au point de vue du mariage projeté... » Et ce chef du jugement n'était pas frappé d'appel.

Le tribunal de Tournai (2) avait déjà déclaré acquise sans retour une reconnaissance d'enfant portée dans un contrat de mariage caduc.

A ces autorités s'ajoute celle de la Cour de Chambéry (3). Il est bizarre de constater que la reconnaissance était attaquée par l'enfant même à qui elle aurait pu

1. 14 juillet 1854. *Ibid.*

2. 15 juillet 1851. *Belg. judic.*, 1862, p. 342.

3. 6 août 1861. S. 62. 2 132 ; D. 61. 2. 207.

profiter ; mais elle le servait mal en la circonstance, la légitimation n'ayant pu se produire. La mère ayant dû se marier, en 1852, avec le père des œuvres de qui il était né, un contrat avait été conclu, portant la clause suivante : « Les futurs ont ajouté, en se mariant, que leur intention commune est de légitimer... leur enfant âgé d'environ quinze ans, demeurant avec eux. » Le mariage n'avait pas eu lieu, à cause d'une maladie du père, qui avait amené sa mort et l'ouverture de sa succession. Le fils, légataire universel, tenait à écarter sa qualité d'enfant reconnu, qui à l'époque, c'est-à-dire avant la loi du 25 mars 1896, lui interdisait de rien recevoir de ses parents à titre gratuit (art. 908), et le réduisait à sa part *ab intestat*, alors assez faible (art. 757 ancien).

Il fut évincé par les autres héritiers. La Cour, après avoir rapporté la clause du contrat de mariage, dit qu'elle constitue une reconnaissance régulière au sens de l'article 334, « que c'est là un fait acquis, dont l'effet continue de subsister alors que les autres clauses du contrat sont devenues caduques à raison de la non-célébration du mariage projeté ; que cette célébration, d'ailleurs, devait avoir pour résultat, non de compléter une reconnaissance parfaite en elle-même, mais uniquement modifier l'état de l'enfant naturel en lui conférant le titre et les droits d'enfant légitime ».

D'après les motifs du jugement en première instance, le fils ne contestait pas le fait de la reconnaissance, mais la prétendait fausse. Il n'essayait même

pas de la faire passer pour un acte conditionnel ou soumis à la même modalité que le mariage ; néanmoins la Cour prend soin de réfuter l'argument.

Mais si cette modalité n'affecte pas toute reconnaissance faite par les parents dans leur contrat de mariage, ne pourraient-ils pas la stipuler expressément ? Nous avons répondu en marquant la nature de cet acte : c'est l'aveu d'un fait, qu'on ne peut suspendre par un terme ou une condition ; on est le père d'un enfant ou on ne l'est pas, mais on ne l'est pas pour le seul cas où on se mariera avec celle dont il est né. « On ne peut, dit à ce sujet M. Huc (1), anéantir un fait dont on a constaté l'existence. »

La reconnaissance est ainsi incompatible avec l'adjonction d'un terme ou d'une condition ; le seul moyen pour son auteur de l'anéantir serait d'établir qu'elle n'est pas sincère, si l'on admet la théorie qui lui permet de la faire annuler pour ce motif, ou de l'attaquer par erreur, violence ou dol, lorsqu'il y a lieu.

§ 4. — *Libéralités faites aux enfants d'un premier lit.*

Pour les actes faits par les futurs époux dans leur contrat de mariage, tels que le partage, la société, le bail, qui n'offrent pas la même irrévocabilité que la

1. III, n° 78.

reconnaissance d'enfant naturel, nous avons admis la possibilité de les soumettre à la condition suspensive du mariage ; celui-ci pourrait de même être pris pour condition résolutoire. Le futur époux qui les conclut sera libre, jusqu'à un certain point, de se soustraire à leur exécution en ne contractant pas le mariage dont ils dépendent, mais ce n'est pas là une condition potestative telle que la conçoit l'article 1174, et qui rend nulle l'obligation qui en est affectée : la réalisation du mariage n'est pas totalement au pouvoir de l'un des futurs. Il importe peu, dès lors, qu'on qualifie cette condition de simplement potestative ou de mixte, car dans les deux cas l'obligation est valable.

Mais la distinction vaut d'être faite si l'on considère une donation, autre naturellement que celle qui peut être adressée aux futurs époux ou à l'un d'eux soit par son fiancé soit par un tiers, si l'on considère notamment la donation consentie par l'un des fiancés au profit des enfants que son futur a eus d'une précédente union.

Il faut ici compter avec l'article 944, qui dispose que « Toute donation entre vifs, faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle ».

La donation dont il s'agit soulève deux questions : la condition qui l'affecte est-elle une condition potestative ou une condition mixte ? Si elle est mixte, est-elle prohibée par l'article 944 de façon à rendre nulle la donation

Quant à la nature de la condition, on fait, dans les actes ordinaires, une distinction. La condition est-elle simplement pour le donateur de se marier, sans détermination de la personne à épouser, on s'accorde à la déclarer potestative, sans doute, parce que toute personne qui veut sérieusement se marier peut y arriver. Si elle est au contraire de se marier avec telle personne, — c'est l'hypothèse qui nous intéresse, puisque le nom des futurs époux est indiqué dans le contrat de mariage, — il est impossible de ne pas y voir une condition mixte, dépendant « tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers » (art. 1171).

En ce qui concerne les donations, il faut circonscrire la portée de l'article 944. Si l'on veut lui donner quelque signification, il faut croire qu'il a interdit autre chose que l'article 1174, avec lequel il ne doit pas faire double emploi; quand il prohibe les conditions dont l'exécution dépend « de la seule volonté du donateur », cela s'entend des conditions subordonnées à un événement extérieur, à un fait intermédiaire que la volonté du donateur peut faire arriver ou défaillir, et non de celles qui dépendent de la pure et simple volonté du donateur, *mero arbitrio* ; sans cela, l'article 947, qui déclare l'article 944 inapplicable aux donations par contrat de mariage, autoriserait dans ces actes les conditions purement potestatives, qui annulent les autres contrats. D'ailleurs l'article 1086, exprimant la même exception au principe de l'article 944, parle de conditions dont

l'exécution dépend « de la volonté » du donateur, et non plus de sa seule volonté.

Ce qui est défendu, ce sont donc les conditions simplement potestatives de l'article 1170, dont la réalisation dépend à la fois de la volonté du donateur et du hasard. Mais les conditions mixtes ne semblent pas être interdites, car elles ne dépendent pas de la « seule volonté » du donateur. C'est l'opinion de beaucoup d'auteurs (1). La Cour de cassation (2), s'abstenant de la qualifier, a pensé ainsi que la condition du mariage, sous laquelle une femme fait une donation aux enfants de son futur mari, n'est pas de nature à vicier la donation, puisque l'exécution, quoique dépendant en partie de la donatrice, ne dépend pas moins de la volonté du futur époux étranger à la donation.

Mais le système contraire est aussi défendu (3) et a été consacré autrefois par la Cour d'Orléans (4). S'appuyant sur l'article 944, elle a annulé la donation consentie par une femme aux enfants d'un premier lit de son futur mari, parce que faite « en considération du mariage et à sa considération seule » bien que pure et simple dans ses termes ; elle débutait

1. Demolombe, III, n° 420. — Aubry et Rau, VII, p. 366, § 699, note 7.

2. 30 août 1880. S. 81. 1. 57 et note ; D. 80. 1. 464 ; et sur renvoi, Douai, 25 mai 1881, S. 83. 2. 215.

3. Laurent, XII, n° 409. — Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, 2^e éd., I, n^{os} 1460 et 1461.

4. 17 janvier 1846. D. 46. 2. 203.

ainsi : « En considération, mais seulement en considération du futur mariage... »

La Cour, sans s'inquiéter de la définition légale des conditions potestative et mixte, allègue la différence entre les règles prescrites pour la validité des contrats à titre onéreux et celles des contrats de bienfaisance, en se plaçant uniquement sur le terrain de l'irrévocabilité des donations : « ... en matière de donations entre vifs, la condition potestative entraînant la nullité de l'acte est non seulement celle qui frappe directement sur la disposition et en laisse le maintien et l'anéantissement au seul et pur arbitre du donateur, mais encore celle qui porte sur un fait intermédiaire qu'il est au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher ;... dans l'esprit de l'article 944, ces conditions, dont l'inexécution dépend de la seule volonté du donateur, vicie la donation, bien qu'elles ne la frappent qu'au moyen d'un fait intermédiaire ». En fait, la future épouse a entendu subordonner le maintien de la donation à la célébration du mariage projeté, célébration qu'il était évidemment en son pouvoir de faire arriver ou d'empêcher, ce qui place nécessairement la donation sous l'application de l'article 944.

Cette interprétation va contre la lettre de l'article 944, puisque l'exécution de la donation ne dépend pas de la seule volonté du donateur. Elle est peu favorable aux donations, car celle qui est ainsi annulée semble ne mériter aucun reproche : on n'imagine pas volontiers un individu s'abstenant de se marier pour

être quitte de remplir ses obligations de donateur (1).

Cependant elle est conforme au but de l'article, qu'on rattache généralement à la règle *Donner et retenir ne vaut*, expression du principe de l'irrévocabilité des donations. Sans doute le donateur ne peut pas rompre impunément avec la personne à qui il était fiancé, et il encourra vis-à-vis d'elle des dommages-intérêts, mais sa liberté n'en est que gênée. S'il ne peut à lui seul faire arriver la condition, il peut, sans le concours de personne, en refusant le sien, la faire défaillir, c'est-à-dire annihiler sa libéralité : c'est ce que le législateur a redouté.

La libéralité étant nulle, il sera superflu de s'occuper de sa caducité. Si elle était valable, elle pourrait devenir caduque, mais comme acte distinct, bien qu'elle confine à la catégorie des conventions matrimoniales, étant faite par l'un des futurs époux à l'instigation de l'autre et, au fond, dans son intérêt.

1. La donation n'est pour lui que l'accessoire du mariage, et c'est pour pouvoir réaliser celui-ci qu'il l'a faite : il y a ici, de même que nous l'avons vu pour les conventions vraiment matrimoniales, plutôt un terme qu'une condition : la donation produira effet depuis le même moment que si elle était entre époux. D'ailleurs n'est-elle pas, par l'entremise des enfants, faite au mari lui-même ? En tout cas c'est lui qui l'a provoquée comme élément de la conclusion du mariage. Si la Cour de cassation (30 août 1880) n'avait trouvé dans les termes stricts de l'article 944 le moyen de la valider, n'aurait-elle pu le faire en considérant le mariage, non comme condition de la donation, mais comme sa cause n'ayant rien d'illicite ? C'est ainsi, quand elle le peut, que la jurisprudence combat, par la théorie de la cause, l'article 900 sur les conditions illicites.

SECTION III

Résumé sur les conventions matrimoniales ou non faites à l'occasion du mariage.

Après avoir parcouru les stipulations les plus courantes des contrats de mariage, nous pouvons, pour condenser les résultats de cette analyse, en faire trois parts.

§ 1. — *Conventions matrimoniales par nature.*

Régime. — Il y a d'abord les conventions matrimoniales par essence ou par nature. Elles comprennent les éléments du régime, qui sera l'un de ceux que décrit le Code civil, avec les variantes permises. Ce régime prévoit la manière d'acquitter les charges du ménage et comprend les règles relatives, tant pour la disposition que pour l'administration, au gouvernement des biens, laissant plus ou moins d'indépendance à la femme quant à sa fortune, sous réserve d'un minimum d'incapacité. Il comprend aussi le mode suivant lequel seront liquidés, à sa cessation, c'est-à-dire à la dissolution de l'union, ou prématurément à la suite d'une séparation de biens, les intérêts qui ont pu se trouver confondus, avec attribution possible au survivant où à l'un des époux seul s'il survit de certains avantages ou gains de survie sur les biens communs.

Donations entre futurs conjoints. — Ces avantages

peuvent s'analyser en donations éventuelles d'une part de communauté, et aboutissent au même résultat que des libéralités faites sous la forme directe de donations. Aussi ces dernières sont-elles, selon nous, de véritables conventions matrimoniales, qu'elles soient faites ouvertement ou sous une forme déguisée ; car, de leur côté, elles opèrent, d'un époux à l'autre, des transmissions de droits qui pourraient être obtenues au moins approximativement par des clauses du régime.

Ainsi, sous la communauté, la clause qui attribue à l'un des époux un préciput d'une certaine somme est très voisine d'une donation de pareille somme, soit à exécution immédiate, soit reportée quant à ses effets au décès de l'un d'eux, comme une institution contractuelle (1). Si la donation est exécutée immédiatement, la somme donnée sera soumise au quasi-usufruit de la communauté. les deux époux en jouiront également jusqu'à la dissolution ; à ce moment seulement elle appartiendra au donataire exclusivement, comme s'il s'agissait d'une donation de biens à venir. C'est d'ailleurs sous cette forme qu'elle sera la plus fréquente.

La Cour de cassation (2) a pu de même, sur une

1. La femme (art. 1515) peut stipuler pour elle un préciput même au cas où elle renoncerait, et il s'exercera alors au besoin sur les biens personnels de son mari. Quant à l'institution contractuelle, faite le plus souvent de l'universalité ou d'une quote-part des biens du disposant, elle peut cependant porter, comme une donation ordinaire, sur une somme fixe qui sera « à prendre sur les plus clairs deniers de la succession ».

2. Cass., 18 janv. 1888. S. 90.1.179.

demande intentée par l'Administration de l'enregistrement, juger que la stipulation d'une communauté universelle équivaut à une donation éventuelle, ou du moins qu'elle doit en suivre les règles, lorsque cette qualification de l'acte ressort de l'intention des parties, dont l'une n'a fait aucun apport, et a droit pourtant, à la dissolution, à l'usufruit de tous les biens de la communauté, sans déduction des apports de de l'autre.

L'analogie ne sera pas toujours aussi marquée. Ici même l'assimilation n'est pas absolue. Ainsi, une donation comprendra des biens propres, tandis que le préciput, s'il n'est pas recueilli par une femme renonçante ou par ses héritiers, n'est qu'une portion des biens communs, et ces biens peuvent être absorbés par des dettes. Mais s'ils sont suffisants, l'appauvrissement du patrimoine de l'époux prédécédé sera équivalent. De plus, alors que le préciput n'est sujet à réduction qu'au profit des enfants d'un premier lit, la donation ne cesse pas, dans le contrat de mariage, d'être une libéralité, et, comme telle, soumise à toutes les règles sur la quotité disponible (art. 1094).

La donation entre futurs époux donc, sans cesser d'être une donation, s'agrège si parfaitement au contrat de mariage, en lui donnant une plus grande souplesse, en facilitant des combinaisons plus variées, qu'elle lui appartient de droit.

On demandera pourquoi nous ne tenons pas le même raisonnement pour les donations faites hors

contrat. C'est que leur rôle n'est plus le même. Si elles interviennent entre le contrat et le mariage, elles sont considérées comme contre-lettres, et ne valent que si elles revêtent la forme du contrat de mariage. Mais si elles ont lieu avant le contrat, elles sont irrévocables et non immuables, le donataire peut y renoncer. Elles sont anéanties si le mariage n'a pas lieu, mais le donateur doit prouver qu'il n'avait en vue que l'union projetée. La donation ne sera pas une clause matrimoniale ; ce qui pourra l'être, ce sera la déclaration d'apport relative aux biens donnés antérieurement et d'insérée dans le contrat. .

Déclarations et reconnaissances d'apports. — Quant aux déclarations et reconnaissances d'apports, elles sont très utiles, comme moyen de preuve, pour déterminer les biens propres de chaque époux et en assurer la reprise à la cessation du régime ; elles contribuent donc au fonctionnement de ce régime, en indiquant son contenu, et c'est en ce sens qu'on les comprend parmi les conventions matrimoniales. Sous le régime dotai, on doit savoir quels biens de la femme sont dotaux ou paraphernaux ; sous le régime de la communauté, l'apport d'un immeuble, sous forme de clause d'ameublement, influe sur la composition des patrimoines respectifs : on a alors plus qu'un moyen de preuve, la déclaration d'apport devient un élément du régime.

Cependant ces apports sont comme non venus ou sont traités comme donations si les personnes auxquelles ils nuisent peuvent en établir la simulation.

§ 2. — *Conventions matrimoniales par destination.*

Donations par des tiers au profit des futurs conjoints. — En second lieu, viennent les conventions matrimoniales par destination. Ce sont les donations faites par des tiers aux futurs époux. Elles sont si fréquentes et si opportunes dans un contrat de mariage, que le législateur leur a consacré un chapitre (1), où il les rattache constamment à ce contrat et leur apporte certaines faveurs, qui leur sont communes avec les donations entre futurs époux.

Ces donations émanent en grande partie d'ascendants, qui pourvoient ainsi à l'établissement de leurs enfants lorsqu'ils n'ont pas de fortune personnelle. Grâce à ces donations, le législateur a voulu aider à la création des familles; c'est ainsi qu'en autorisant exceptionnellement les donations de biens à venir, il déclare que, même faites au profit d'un seul des époux, elles sont présumées faites au profit des enfants et descendants à naître du mariage (art. 1082). Le conjoint du donataire n'est d'ailleurs jamais exclu complètement du bénéfice de la libéralité: il tombe en communauté au moins pour la jouissance; même sous le régime de la séparation de biens, si ce bénéfice advient à la femme, il accroît ses revenus et par suite sa part contributoire. (art. 1537 et 1575.)

1. Liv. III, tit. II, ch. VIII du C. civ. : « Des donations par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage. »

Le Code civil, en obligeant à la garantie toute personne qui constitue une dot (art. 1440 et 1547), et en faisant courir de plein droit les intérêts du jour du mariage (art. 1440 et 1548), ne peut avoir en vue que la donation portée au contrat de mariage, ou en tous cas faite en présence du futur conjoint (1).

On est unanime à faire participer ces donations de l'immutabilité des conventions matrimoniales, et ce principe a une grande importance à leur égard : il ne faut pas que les époux puissent se priver des ressources qui leur avaient été promises lors de leur mariage, et que les tiers, ayant traité avec eux sur la foi de ces promesses, se voient opposer des conventions qui en détruisent les effets, au moment d'exercer leurs droits.

Nous avons pourtant distingué ces donations de celles qui ont lieu entre futurs époux, car, si elles constituent un fonds d'établissement ou un supplément de ressources pour le ménage, elles impliquent l'intervention d'un tiers ; elles ne sont pas un règlement direct entre époux de leurs relations pécuniaires, elles supposent ce règlement (2).

Ces deux premiers groupes forment selon nous

1. En sens contraire Rodière et Pont, I. n° 112 et note 2, p. 93. — Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *Tr. du contr. de m.* I, n° 227.

2. C'est une nuance, qui se traduit encore à d'autres points de vue : lorsqu'on distingue entre les époux et les tiers, afin de déterminer, dans un sens opposé à la jurisprudence, le caractère onéreux ou gratuit de la constitution de dot, en ce qui concerne notamment l'action paulienne, ou le fondement de l'obligation de garantie (Planiol, 2^e éd. III n° 850, 885-886, et 869).

les seules conventions matrimoniales. Pour elles, sauf la difficulté spéciale au partage d'ascendant, nous avons vu se rencontrer les trois règles de la caducité, de l'immutabilité et de la capacité exceptionnelle du mineur.

§ 3. — *Conventions non matrimoniales.*

Il reste enfin les conventions qui ne sont pas matrimoniales, ou ne le sont qu'accidentellement. Ce sont les donations faites en vue du mariage, mais par acte distinct : elles n'ont que l'irrévocabilité ordinaire des donations. Ce sont aussi les conventions telles que la société, le bail, les conventions de nourriture, qui, portées ou non dans le contrat de mariage, ne s'expliquent dans l'intention des contractants que par l'état nouveau que doit créer le mariage. Si elles sont caduques quand cet état ne trouve pas à se réaliser, c'est parce que les parties en ont ainsi convenu, voulant que le mariage joue le rôle d'une condition, ou que la convention ne s'exécute qu'à partir du mariage célébré.

Pour d'autres actes, ce lien n'existe même pas avec le mariage. Ils sont une sorte d'enclave dans le contrat et n'ont de commun avec lui que l'acte qui les constate ; leur existence est tout à fait indépendante. Tel sera le plus souvent le partage entre l'un des futurs époux et ses copropriétaires, tels seront le compte de tutelle et la reconnaissance de dette quand ils ne cachent pas autre chose, telle encore la reconnaissance d'enfant naturel, qui doit être faite sans réticence.

CHAPITRE III

Frais du contrat de mariage.

La rupture du mariage a surtout une influence destructrice, négative, en ce qu'elle met à néant tous les actes juridiques auxquels le projet avait fait voir le jour, et donne lieu à répétition pour ceux qui avaient été déjà exécutés.

Mais ces actes ont causé des frais, dont l'un des contractants avait fait l'avance, ou qui ne sont pas encore acquittés. Si ces contractants s'étaient mariés, la charge s'en serait répartie entre eux suivant une certaine proportion. Parce qu'ils ne l'ont pas fait, cette charge ne disparaîtra pas complètement, car le notaire, qui a prêté son ministère, ne perd pas tous ses droits à une rétribution, et l'impôt perçu lors de l'enregistrement n'est pas intégralement remboursé.

Dans quelle mesure le remboursement sera-t-il exigible et sur quelles justifications ? A qui incombera le surplus qui reste dû ? Tels sont les problèmes

secondaires qu'engendre la caducité du contrat de mariage (1).

La proportion dans laquelle chaque époux doit supporter les frais du contrat de mariage n'est pas reconnue uniformément, et la jurisprudence a consacré tour à tour les systèmes les plus variés (2).

On admet que les frais afférents spécialement aux donations faites par des tiers à l'un des époux de biens devant leur rester propres, ou par un époux en faveur de l'autre, constituent, sauf convention contraire, une dette personnelle à l'époux donataire. Une fois mise à la charge du donataire, elle suivra le sort des autres dettes antérieures au mariage, suivant le régime adopté (3).

Quant aux autres frais, nous résumons seulement une opinion (4) qui nous paraît raisonnable.

Les frais du contrat de mariage ne sont pas toujours recouvrés sur ceux qui doivent définitivement

1. Sur ces questions d'honoraires et d'enregistrement, qui ne peuvent ici être traitées à fond, nous nous bornerons à donner les règles essentielles touchant le fond même du contrat, les apports et les donations, sans nous perdre dans les détails d'interprétation du contrat, qui ont leur importance en droit fiscal, par exemple le classement de certaines clauses soit dans les donations, soit dans les conventions de mariage : nous supposerons ces notions connues.

2. V. l'exposé des divers systèmes, en note sous Dijon, 3 déc. 1869. Pand. chr. IV. 2. 222 ; dans Amiaud, *Traité-formulaire général du notariat*, V^e Contrat de mar. I n^o 232 ; dans Amiaud et Voland, *Tr. génér. des honoraires des notaires* 1901 n^{os} 700-705.

3. Seine, 6 juillet 1872, *J. N.* article 20371. — Cass., 8 déc. 1874. S. 75. 1, 209. D. 75. 1. 33. Pand. chr. — Caen 6 déc. 1877. S. 78. 2. 215. Pand. chr. IV. 2. 222.

4. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *Tr. du cont. de mar.*, II, n^o 84 et suiv.

les supporter : l'époux qui aura payé plus que sa part aura recours pour autant contre l'autre. Les frais étant une dette antérieure au mariage, si le mari paie la part de sa femme en vertu du régime adopté, il se retournera contre elle ou contre ses héritiers à la dissolution du mariage (1). Il faut donc déterminer la part contributoire.

Après avoir éliminé les conventions étrangères au mariage, et dont le coût incombe à celui qui en profite ou encore à son cocontractant, il nous reste à parler des frais occasionnés par les énonciations d'apports et des autres frais, qu'on pourrait appeler *frais généraux*.

Les premiers sont dus, non par moitié par chaque époux, mais par l'époux qui effectue un apport, et dans la proportion de cet apport, parce que l'énonciation lui profitera plus tard, en fournissant une preuve à l'appui de ses reprises,

Le surplus des frais, — c'est-à-dire les frais de timbre, d'expédition (2), les droits fixes, — est modique, ce qui permet de les considérer comme une charge des fruits : ces frais, qui ne sont vraiment dus qu'après la célébration du mariage (3), à laquelle le contrat de

1. Guillaud, *Cont. de mar.*, I, n° 210 et suiv.

2. Un usage spécial au département de la Seine, consacré pour ce département par le tarif établi dans le décret du 25 août 1898, art. 13, veut que la première expédition d'un acte rétribué par un honoraire proportionnel soit délivrée gratuitement.

3. On pourrait en dire autant, et avec non moins de raison, des autres frais, mais la règle adoptée ici n'est pas très conséquente, car les frais dont il s'agit sont en réalité peu importants ; il serait peut-être mieux cependant de les partager par moitié.

mariage est subordonné, sont la première charge incombant à la communauté ou au mari suivant le régime matrimonial adopté (1).

Nous ajouterons que, si une partie des frais proprement dits du contrat est faite dans l'intérêt exclusif de l'un des époux, tels les frais de publication de ce contrat si le mari est commerçant (art. 67 et 68 C. com. et 872, C. pr. civ.), l'époux qui les a rendus nécessaires doit seul les supporter (2).

SECTION I

Charge des frais en cas de rupture du mariage.

La répartition des frais entre les deux époux sur les bases indiquées suppose un contrat de mariage suivi d'exécution. Mais il y a une distinction à faire lorsque le projet de mariage est abandonné.

Quand la rupture est légitime de la part de son auteur, ou lorsqu'elle est admise de part et d'autre, les frais, dans la mesure où ils resteront acquis au notaire ou au Trésor, seront partagés entre les deux contractants qui se dédisent, suivant la catégorie dans laquelle ils se rangent, les uns nécessités et supportés par un seul époux, notamment pour ses apports, les

1. Un arrêt de Caen, 6 déc. 1877. S. 78. 2. 215, considère dans leur généralité les frais du mariage comme une dette de la communauté, parce qu'elle prend la source dans le contrat de mariage, qui est subordonné au mariage. La raison n'est pas décisive.

2. Amiaud et Volland, *Tr. génér. des honor. des not.*, n° 705.

autres, comme frais généraux devant profiter également aux deux, pesant pour moitié sur l'un et sur l'autre.

Lorsqu'au contraire il y a rupture unilatérale et injustifiée, bien que notre droit ne sanctionne plus les promesses de mariage, qui ne font naître aucun lien obligatoire, celui des fiancés qui se retire sans raison plausible est tenu d'indemniser l'autre du dommage moral s'il y a lieu, mais aussi du dommage matériel qu'il en ressent, du fait des dépenses de toute sorte qu'il avait engagées sans autre utilité que son prochain mariage. Dans l'évaluation de ce dommage entre le montant des frais occasionnés par le contrat de mariage, s'il était déjà rédigé.

Les tribunaux en tiennent compte dans leurs décisions. Ainsi la Cour de Metz (1) condamne une fiancée à payer une indemnité à celui qu'elle a refusé d'épouser « considérant... qu'on ne peut se dissimuler que l'espérance de cette union... n'ait été pour lui l'occasion de dépenses et d'acquisitions onéreuses... telles que les frais de rédaction et d'enregistrement d'un contrat de mariage... » La Cour de Toulouse (2) décide de même contre le fiancé : « Attendu que, dans l'espèce, les frais occasionnés par le contrat de mariage, ceux qui en ont été la conséquence immédiate et forcée... doivent être classés dans la catégorie de ceux qui constituent un préjudice et être réparés

1. 18 juin 1818. D. Rép. V^o Mariage, n^o 88, 4^o.

2. 13 mai 1842. D. 43, 2. 31.

par celui qui les a occasionnés... » La Cour de Paris a rendu une sentence analogue le 26 juin 1894 (1).

Mais dans ces arrêts, ou les frais de contrat de mariage sont énumérés comme un article des dommages-intérêts fondus en un total unique, ou bien ils sont comptés pour une somme globale réclamée par le notaire, sans qu'on puisse se rendre compte de la diminution qu'ils ont pu subir. Cependant ces frais, dans tous les cas où le contrat de mariage est anéanti avant la célébration ou faute de célébration, ne peuvent pas être les mêmes que ceux qui auraient été dus en cas de célébration effective du mariage ; seuls demeurent les frais inévitables, qui ne souffrent aucune réduction. Voyons quels ils sont, en commençant par les honoraires du notaire.

SECTION II

Frais dus au notaire sur le contrat de mariage caduc.

Le notaire fait le plus souvent l'avance des droits fiscaux, qu'il récupère ensuite sur ses clients ; mais ces droits sont bien distincts des sommes qu'il touche pour son compte. Ces sommes comprennent, outre les déboursés et parfois les frais de voyage, des honoraires qui représentent le travail du notaire.

A côté du travail matériel, il y a le travail intellec-

1. S. 94. 2 264. Voir encore Trib. Bordeaux, 28 janv. 1891, *Journ. arr. Bordeaux*, 1891. 2. 21.

tuel, les connaissances que suppose sa fonction ; il y a aussi la responsabilité qui pèse sur lui, en vertu de laquelle il peut être actionné s'il a commis quelque erreur, faute ou négligence. Ces divers facteurs entrent pour une part dans la fixation des honoraires ; c'est ce que montre la loi du 24 décembre 1897 sur le recouvrement des frais dus aux notaires... « La taxe, dit l'article 3, alinéa 2, sera arrêtée... s'il s'agit d'actes non tarifés, suivant la nature et l'importance de ces actes, les difficultés que leur rédaction a présentées, et la responsabilité qu'ils peuvent entraîner. »

De ces éléments, la responsabilité disparaît (1),

1. Cependant le trib. civ. d'Anvers (3 juin 1864. *Rev. Not. et enr.*, n° 1025 et note) a prononcé contre un notaire l'amende de 20 francs, établie par l'art. 68, C. com. pour n'avoir pas déposé dans le mois les extraits du contrat de mariage d'un commerçant, alors même que le contrat avait été résilié, le mariage étant devenu impossible, après l'expiration du mois. Mais il n'en serait certainement pas ainsi si la résiliation du contrat ou la rupture du mariage survenait dans le mois, Bordeaux, 22 juin 1836. *J. N.* n° 9412.

En outre, si l'Administration accueille sous certaines conditions, tant que le mariage n'est pas célébré les demandes en restitution des droits d'enregistrement perçus sur le contrat, elle serait fondée à faire, entre autres retenues, celle de l'amende fixe motivée par la présentation tardive à la formalité, qui est imputable au notaire. Celui-ci a dû encore éviter toute contravention aux art. 41 et 42 de la loi du 22 frimaire an VII, car il ne serait pas, par la caducité du contrat de mariage, relevé des amendes portées par ces articles : l'usage qu'il a fait d'actes non enregistrés est sans objet, mais ces actes ont été énoncés dans un acte public qui subsiste et qui en constate l'existence et la date : V. *Dict. des dr. d'enreg.*, V° Contrat de m. n° 172.

Toutefois lorsqu'on parle de la responsabilité du notaire, on vise surtout la charge de la conservation de l'acte et les recours ouverts contre lui par suite de la nullité du contrat ou de sa rédaction fautive et domageable aux contractants ; or cette responsabilité n'existe que si le mariage a lieu.

quand le contrat de mariage ne reçoit pas son exécution par la réalisation du mariage. Avant la loi du 20 juin 1896 suivie des décrets des 25 août 1898 et 28 novembre 1899 qui fixent pour le ressort des différentes cours d'appel le tarif des honoraires dus aux notaires, il n'existait pas de base légale pour la fixation de ces honoraires. Les compagnies de notaires avaient établi des règlements d'ordre intérieur sans caractère obligatoire. Le notaire rédacteur arbitrait donc lui-même sa rémunération sous le contrôle du président du tribunal, à qui la taxe pouvait toujours être demandée.

Alors que les tarifs des chambres de notaires allouaient un honoraire proportionnel, les tribunaux (1) préféraient allouer un honoraire gradué arbitrairement d'après le travail supposé et l'importance de l'acte. Lorsque le mariage projeté n'avait pas lieu, ils fixaient encore arbitrairement une réduction sur les frais normaux.

C'est ainsi que le tribunal d'Epernay (2), devant lequel était portée une contestation sur les honoraires taxés d'un contrat abandonné, tout en reconnaissant que la taxe du président était conforme à l'usage, remarque que « deux éléments sont pris en considération : 1° la peine, les soins, les démarches que le notaire a pu faire pour préparer et accomplir le travail dont il a été chargé ; 2° la responsabilité à laquelle

1. Cass., 9 mars 1858. D. 58. 1. 202. — Trib. Die, 9 août 1864. S. 65. 2. 79. — Pau, 25 fév. 1867. S. 68. 2. 185.

2. 30 avr. 1875, *Rev. not. et enreg.* 1875, n° 4909.

l'expose la rédaction de l'acte par lui reçu... » ; le demandeur ayant déclaré ne vouloir jamais, puisqu'il ne s'était pas marié, se prévaloir contre le notaire, ni contre d'autres, du contrat de mariage, la responsabilité du notaire dégagée, il y avait lieu de réduire dans une certaine proportion la somme à lui allouée pour honoraires ; cette proportion fut arrêtée au tiers.

Les tarifs décrétés en exécution de la loi de 1896 ont institué des honoraires proportionnels sur les apports cumulés des époux (1) déduction faite des charges, de même que sur les donations. Pour les donations, éventuelles, telles que les institutions contractuelles, il est dû immédiatement qu'un droit fixe de rédaction, l'honoraire proportionnel étant reporté au décès. Il y a en outre un honoraire minimum par contrat.

Les mêmes tarifs, lorsque le mariage n'est pas célébré, ne laissent subsister que la rétribution du travail matériel, qui est fixée par rôle de minute ; en Algérie, c'est l'honoraire fixe minimum du contrat de mariage qui est perçu en pareille circonstance (2).

Le cas est très voisin de celui où l'acte est impar-

1. Un arrêt récent, (Cass., 6 mars 1906, S. 07. 1. 489, *Rép. génér. not. et enreg.* 1906, art. 14731 ; et sur renvoi Aix, 16 janv. 1907 *Rép. gén. not. et enr.*, 1907, art 15559) a décidé, contrairement à des décisions antérieures (trib. Niort, 4 fév. 1898, *Rev. not.*, n° 10012), que le notaire n'avait pas à enquêter sur le montant de la fortune personnelle des époux, et devait, pour la perception de ses honoraires, s'en rapporter aux seules déclarations faites dans le contrat de mariage ; le notaire s'est trouvé, en l'espèce, réduit à toucher l'honoraire minimum de 25 francs, bien que la future épouse fût plusieurs fois millionnaire, parce que les contractants, adoptant la séparation de biens, avaient jugé inutile de faire aucune mention de leurs apports.

2. V. Amiaud et Voland. *Tr. génér. des honor. des not.* n° 330.

fait par la faute des parties qui ont par exemple refusé de la signer, ou n'a été établi qu'en un projet, qu'elles ne veulent plus ensuite régulariser. L'acte imparfait donne lieu, suivant les tarifs légaux, à la même rétribution, quelle que soit la nature de l'honoraire auquel il aurait donné ouverture s'il avait été parfait : on se base sur les rôles de minute, au coût desquels on ajoute les frais de voyage et les émoluments pour négociations.

Les tarifs ne prévoient pas le simple projet rédigé par le notaire à la demande des parties, qui ont plus tard refusé d'y donner suite ; malgré l'analogie entre ce projet et un acte imparfait, le magistrat appelé à le taxer garde toute latitude pour fixer l'honoraire suivant l'importance du travail (1). Du reste dans ce cas, le contrat de mariage n'a jamais existé, et ne peut pas être caduc, mais le fiancé responsable de la rupture aura néanmoins à supporter les frais qu'a causés la rédaction provisoire.

Un arrêt de la cour de Montpellier (2) a décidé que le notaire qui a rédigé, sur la demande des parties, un projet de contrat de mariage auquel elles n'ont pas donné suite sur un refus de sa part de consentir une réduction de ses honoraires, a droit à une rémunéra-

1. Dijon, 3 janv. 1884. Pand. chr. VI, 1. 133 et note.

2. 6 déc, 1905. Pand. fr. 06.2.328, et Rép. not. 1906, n° 14.799. Si un acte, contrat de mariage ou autre, a été rédigé par le notaire à la demande des parties qui refusent ensuite de la signer, l'honoraire peut-être dû par elles en entier : Alger, 20 oct. 1877. Pand. fr. chr., 1870-77.2.146.

tion fixée suivant l'importance de son travail, en tenant compte de ses peines et de ses soins, mais non par rôle de minute comme pour l'acte imparfait. Et il donne comme spécimen d'acte de ce genre le contrat de mariage non suivi de mariage, qui devient sans objet : dans ce cas, comme dans celui où les parties renoncent à la convention que l'acte à signer allait authentifier, « l'imperfection de l'acte n'est (alors) que la conséquence nécessaire et accessoire de la rupture des conventions », c'est pourquoi « le tarif n'accorde aux officiers publics qu'un honoraire par rôle de minute, c'est-à-dire la rétribution du temps employé, de la peine matérielle prise... » Le notaire pourra donc dans certains cas recevoir plus pour un simple projet que pour un contrat de mariage rédigé définitivement, mais resté imparfait ou devenu caduc : cela dépendra des circonstances qui ont empêché ce projet de passer à l'état d'acte.

Les tarifs nomment le contrat de mariage, et embrassent implicitement les donations, qui sont l'objet d'une taxation spéciale lorsqu'elles sont dans un contrat de mariage. Mais nous croyons en outre que les conventions non matrimoniales qu'on avait annexées au contrat paieront aussi un simple honoraire par rôle de minute lorsque la volonté des parties les avait rendues solidaires de ce contrat, ou les avait soumises à la condition suspensive du mariage. Pour elles également aucune responsabilité n'aura été encourue, et en tous cas on peut regarder le contrat comme acte imparfait puisque, avant qu'elles puissent

fonctionner, malgré la signature des parties, les intentions de celles-ci se sont modifiées.

Mais si la convention était faite sous une condition résolutoire, elle aurait eu un moment d'existence provisoire, et le droit à l'honoraire intégral aurait été acquis sans rémission (1). D'ailleurs la condition prendra rarement cette forme, et dans le doute, les parties devront passer pour avoir voulu ne faire courir les effets de leurs conventions que du jour du mariage, en même temps que ceux du contrat de mariage.

Lorsque, faute de célébration, le contrat de mariage devient caduc, les frais dus au notaire, qui n'avaient pas encore été réglés, subiront une simple réduction. Mais s'ils avaient déjà été acquittés, les parties pourront exercer la répétition, autant qu'elles y ont droit ; leur demande se prescrit par deux ans du jour du paiement ou du règlement (art. 2, loi du 24 déc. 1897).

SECTION III

Frais d'enregistrement.

Le notaire n'aura pas travaillé inutilement à la préparation et à la rédaction du contrat de mariage qui manque sa destination. Mais il ne conserve, en outre de ses déboursés, qu'une portion des honoraires pour le dédommager du temps et de l'activité

1. Voir Amiaud et Voland, *Tr. génér. des honor. des not.*, n° 546, au sujet de la vente à réméré.

qu'il y a dépensés, et non pas ces honoraires complets, ce qui serait inadmissible.

Il serait plus injuste encore d'attribuer définitivement et intégralement au Trésor les sommes qui lui ont été versées lors de l'enregistrement de l'acte. Les droits d'enregistrement sont essentiellement un impôt sur les mutations et transactions, et le travail occasionné par la perception ne compte que pour une faible part dans leur évaluation ; ils ne se justifient plus lorsque les opérations ne se réalisent pas. L'Administration n'a pas toujours égard aux événements postérieurs à la convention et qui peuvent influencer sur elle, mais nous verrons qu'elle donne en matière de contrat de mariage des solutions généralement satisfaisantes.

Tandis que, dans l'usage, les frais d'acte notarié ne se règlent qu'au moment où les parties en reçoivent l'expédition, le montant des droits d'enregistrement doit être déposé séance tenante en même temps que l'acte soumis à la formalité, et si plus tard l'acte ne s'exécute pas, si sa rétractation est effectuée de manière à s'imposer même au Trésor, il y aura lieu non seulement à une rectification, à une diminution du montant des taxes, mais à une répétition.

Les droits perçus sur les contrats de mariage sont : un droit proportionnel (20 centimes pour 100) sur les apports constatés des deux époux, dont on fait masse pour en déduire le passif qui les grève ; — un droit fixe (5 francs) dû en l'absence de toute constatation d'apport,

sur la déclaration du régime adopté (1) ; — un droit fixe le cas échéant, sur les états estimatifs annexés au contrat de mariage, et enregistrés séparément ; — un droit proportionnel sur les donations actuelles faites aux époux, car elles ne sont pas comprises comme apports, droit d'un taux réduit par rapport aux donations par acte distinct, et variable d'après le degré de parenté entre les époux et leur bienfaiteur (2) ; — un droit fixe (7 fr. 50) sur les donations éventuelles (3), c'est-à-dire soumises à l'événement du décès du donateur, suivant la terminologie spéciale qui les oppose aux donations conditionnelles, dont l'effet est subordonné à toute autre condition suspensive que ce décès ; ces donations éventuelles donnent ouverture en outre au droit de mutation par décès, mais seulement à l'époque où elles deviennent effectives ; — enfin les conventions indépendantes jointes au contrat de mariage acquittent le droit qui les frappe à raison de leur nature, et il existe un droit fixe uniforme 3 francs plus les décimes sur les actes innommés, c'est-à-dire qui ne sont pas prévus par la loi.

Les actes soumis à une condition suspensive, que la loi n'a pas spécialement imposés, supportent, quelle que soit la nature de la convention, le droit fixe des actes innommés, même lorsque, sans cette condition, ils devaient supporter un droit fixe plus élevé : jusqu'à

1. Art. 19 et 20 loi du 28 avr. 1893.

2. Art. 69 loi du 22 frimaire an VII ; art. 18 loi du 25 fév. 1901, et lois intermédiaires.

3. Art. 4 loi du 28 fév. 1872.

l'arrivée de la condition, qui rendra exigibles les droits (1), la convention n'existe pas civilement, ou ne produit pas encore ses effets, et on ne peut la frapper des mêmes droits que si elle était pure et simple.

Toutefois, d'après des textes formels, quelques exceptions sont à signaler : nous avons vu que les donations subordonnées à l'événement du décès du donateur sont assujetties d'une façon ferme à un droit fixe particulier; l'ouverture de crédit subit un droit proportionnel dès le jour où elle est conclue, droit qui est complété lors de la réalisation ultérieure du crédit (2); le cautionnement est aussi frappé immédiatement d'un droit proportionnel, quand il ne comporte pas d'autre condition que celles qui l'effectent à raison de son caractère même.

La loi du 25 juin 1841 (art. 6) exige que l'acte de cession d'un office ministériel soit enregistré avant d'être produit au Gouvernement à l'appui de la désignation du successeur, quoique la cession ne devienne parfaite que postérieurement à la nomination du Gouvernement, par la prestation du serment du nouveau titulaire (3). Ce dernier cas est celui qui offre le plus d'analogie avec celui du contrat de mariage, dans lequel il y a également perception anticipée et totale des droits qui ne seront dus que plus tard, lorsqu'il sera certain que le contrat peut produire ses effets.

1. Trib. Seine, 20 nov. 1897. Pand. fr., 98. 6. 13.

2. Art. 5 loi du 23 août 1871.

3. Wahl. *Tr. de dr. fiscal* : Enregistrement, I, n° 194-197.

§ 1. *Principe de la restitution.*

Le contrat de mariage étant, d'après la jurisprudence, soumis à une condition suspensive, devrait être enregistré au droit fixe, sauf, lors de l'événement, la perception des droits auxquels il peut donner lieu d'après les dispositions qu'il renferme ; il devrait encore en être ainsi si on le considère comme un contrat accessoire ou comme une partie du mariage même, de sa réglementation, qui ne peut avoir d'existence légale avant lui.

On ne conteste guère cependant, malgré l'absence de texte, que les droits ne doivent être perçus dès avant la célébration (1), et cela, pour des raisons pratiques : les contrats de mariage sont ordinairement suivis de la célébration du mariage, et ce serait une vaine complication que d'ajourner la perception jusqu'au moment où elle se produit. Si l'on admet que le droit fixe perçu sur un acte conditionnel n'est pas imputable sur ceux que rend exigibles la réalisation de la condition, cela procure aux parties l'économie de ce droit (2).

Le contrat de mariage doit, comme tout autre contrat, être présenté à la formalité dans le délai légal du jour même de sa signature, faute de quoi un droit en sus est exigible (3).

1. Le procédé n'a aucune base dans la loi ; sans doute elle a imposé le contrat de mariage indépendamment de son caractère conditionnel, mais il en est ainsi des autres actes conditionnels, sur lesquels on ne lève cependant qu'un droit d'acte innommé.

2. Wahl, *Tr. de dr. fiscal*, I, n° 197 note 5. — Comp. sur la réalisation de la condition suspensive, II, n° 430.

3. Solution de la Régie du 12 sept. 1887. *Rev. prat. de l'enr.*, 2984 ; Instruction, n° 2838.

Mais la perception ne peut être que provisoire, et si par exception le mariage ne s'effectue pas, les contractants se feront rembourser les sommes payées. Le grand principe de la non-restitution des droits, inscrit dans l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII : « Tout droit d'enregistrement perçu régulièrement en conformité de la présente ne pourra être restitué, quels que soient les événements ultérieurs, sauf dans les cas prévus par la présente, » et qui conduit à d'odieux abus (1), ne peut pas être invoqué, parce que la perception a été irrégulière, et le législateur n'avait pas besoin d'y déroger expressément, comme il a dû le faire à propos des cessions d'offices non suivies d'effet.

Pour celles-ci, la perception immédiate des droits, rendue nécessaire par la disposition formelle de l'article 6 de la loi du 25 juin 1841, devient régulière. Mais, afin de pallier les conséquences de ce système anormal, l'article 14 de la même loi déclare qu'elle n'est pas définitive : « Les droits perçus en vertu des articles qui précèdent seront sujets à restitution toutes les fois que la transmission n'aura pas été suivie d'effet. S'il y a seulement lieu à réduction du prix, tout ce qui aura été perçu sur l'excédent sera également restitué ». On a tort, en présence de ce texte, qui consacre une simple règle d'équité, de décider que le seul cas où la restitution du droit entier doit

1. Wahl. *Tr de dr. fiscal*, I, n° 36, notamment lorsqu'une mutation est anéantie rétroactivement par une condition résolutoire.

avoir lieu est celui où le gouvernement refuse d'agréer le cessionnaire (1).

Pour le contrat de mariage, la restitution des droits ne souffre aucune distinction suivant l'obstacle qui s'est opposé au mariage (2) ; mais le notaire ou les parties, qui font une demande en restitution sous forme de pétition soumise au timbre, doivent en établir la légitimité : elle peut résulter soit d'actes de résiliation (3) ou d'actes équivalents, soit de l'impossibilité de procéder au mariage.

§ 2. — *Actes justifiant la restitution*

La résiliation rend les droits restituables, car elle prouve que pour l'avenir le contrat ne recevra pas son exécution ; mais on doit justifier en outre que la célébration du mariage n'a pas eu lieu antérieurement, ce qui rendrait la résiliation nulle (4).

L'Administration a pendant un certain temps accordé la restitution si la résiliation était authentique, et passée dans les formes prescrites par les articles 1396 et 1397, signée de toutes les parties qui avaient concouru au contrat de mariage (5), jugeant insuffisant

1. Wahl. *Tr. de dr. fiscal*, II, n° 386, 1°.

2. Décis. min. fin., 7 juin 1808 ; Instr. 386 § 29 ; Délibération du 12 janv. 1836 ; *Journ. Enr.*, 11422.

3. Dans tous les documents de la Régie, on emploie l'expression d'« acte de résiliement », qui n'est pas très courante, et qui n'ajoute rien au terme plus habituel d'« acte de résiliation ».

4. *Journ. Enr.* 6458 ; Sol. 2 avril 1774.

5. Dél. 24 septembre 1812, *J. Enr.* 1812, n° 4.300.

l'acte passé entre toutes les parties, mais sous seing privé (1), la déclaration notariée de la future et des donateurs sans le concours du futur (2), l'acte passé entre les futurs seuls et produit pour obtenir la restitution des droits perçus sur une donation faite par un tiers (3), celui qui est passé en présence de quelques-unes seulement des personnes qui avaient concouru au contrat, alors même qu'un contrat nouveau aurait été dressé (4).

Mais depuis une délibération du 12 janvier 1844 (5), qui a déclaré valable la résiliation faite devant notaire entre toutes les parties, par acte distinct, non écrit à la suite de la minute du contrat, les exigences de l'Administration se sont faites moins rigoureuses, et elle se contente de tout acte qui démontre d'une manière sérieuse la rupture du contrat de mariage.

Telles sont, d'après elle : la résiliation par acte séparé, entre toutes les personnes qui étaient réellement parties au contrat, et nonobstant l'absence d'un ascendant qui n'y avait figuré que *honoris causa* (6), — la résiliation devant notaire, à la suite de la minute du contrat, entre les futurs seuls, sans le concours de l'ascendant donateur libéré par le fait même, n'étant nullement nécessaire (7), — la résiliation, aussi en l'ab-

1. Sol. 9 juillet 1831, *J. Enr.* 1832, n° 10.047.

2. Sol. 14 septembre 1832, *J. Enr.* 1832 n° 10.454.

3. Sol. 5 septembre 1832, *J. Enr.* 1832, n° 10.420.

4. Montmédy, 22 juillet 1852, *J. Enr.* 15544. 1.

5. *J. Enr.* n° 13.476.

6. Sol. 28 juin 1873.

7. Déb. 30 mai 1865, mentionné dans une sol. 31 juillet 1869 ; Sol., 7 août 1873.

sence des ascendants donateurs, par acte notarié distinct du contrat de mariage (1), — la déclaration que le mariage n'a pas eu lieu et ne doit pas avoir lieu, inscrite à la suite de la minute du contrat, même si elle émane du futur époux seul, car les parties sont obligées, pour revenir plus tard à leur contrat primitif, de faire une nouvelle déclaration notariée qui, passant forcément sous les yeux de l'Administration, lui permettrait de redemander les droits. (2)

Ceux-ci seraient restitués sur la production de l'exploit signifiant à l'un des époux la rupture émanée de l'autre (3), mais la simple déclaration de l'un des futurs, contenue dans un acte en brevet, qu'il renonce à l'union projetée, n'a pas paru aussi probante (4). Il semble qu'une résiliation sous seing privé ne pourrait à elle seule justifier une demande en restitution (5), car elle n'offrirait aucune garantie à l'Administration contre la fraude : le contrat de mariage n'en porterait aucune trace, et les parties, s'étant mariées ultérieurement, pourraient l'employer sans avoir de nouveau acquitté l'impôt, vis à-vis des tiers ignorant la résiliation sous seing privé (6).

1. Sol. 3 mars 1875.

2. Sol. 4 octobre 1872.

3. Sol., 8 mai 1867. *J. Enr.*, n° 18712., *Rev. not. et enr.*, n° 1821. Le fondement de cette décision ne nous apparaît pas, elle n'est d'ailleurs que dans les motifs : même après cette signification, le mariage peut encore se produire, et d'un autre côté, elle n'atteint pas directement le contrat de mariage.

4. Même solution.

5. Sol., précitée 9 juil. 1831, *J. Enr.*, n° 10047.

6. *Dict. des dr. d'enr.*, V° Contr. de m., n° 178. *Contra* : Garnier, *Rép. gén. de l'Enr.* V° Contr. de m., n° 211.

Il ne semble pas nécessaire de fournir une copie en forme authentique de l'acte de résiliation, puisque les agents de la régie peuvent en avoir connaissance tant par l'enregistrement que par la communication des minutes du notaire (1).

La résiliation peut n'être qu'implicite, et résulter de ce qu'un nouveau contrat a été refait entre les mêmes futurs en remplacement du premier (2).

La restitution a été accordée sur un contrat de mariage que deux personnes, mariées antérieurement à Londres et croyant leur union nulle, avaient dressé en France, dans l'espoir de faire célébrer de nouveau leur mariage devant l'officier de l'état civil français, mais qu'elles avaient ensuite résilié d'un commun accord devant le refus de ce dernier de procéder à la nouvelle célébration (3).

Dans la période qui précède le mariage, lorsqu'un premier contrat renfermant une donation d'un tiers aux époux, est suivi d'un second dressé sans la présence et le consentement de ce tiers, c'est ce dernier qui est valable d'après nous, et prend la place du premier si les parties n'y reviennent pas avant la célébration. L'obligation du donateur ne revivrait pas uniquement parce que les futurs l'auraient rappelée dans leur deuxième contrat, et la restitution des droits

1. *Journ. des Not.*, art. 7761 ; en sens contraire Dél., 22 avr. 1822 qui n'est plus appliquée.

2. Sol. 13 déc. 1889. *J. Enr.*, n° 23511.

3. Sol. Seine, 17 déc. 1880. Maguéro. *Tr. alphab. des dr. d'enr.*, V° Contr. de m., n° 129.

perçus sur la donation devrait être obtenue comme celle des autres droits. Mais le donateur peut se considérer comme restant tenu. En tous cas, si le futur époux donataire n'a pas exercé la répétition des droits, et que, étant resté saisi de la somme donnée, il se la constitue en dot dans son contrat de mariage subséquent, il n'est dû de ce fait aucun droit (1).

Il ne serait pas dû non plus de nouveau droit de mutation à titre gratuit si le donateur lui-même, après deux ans, confirmait la donation dans un nouveau contrat de mariage (2).

A la résiliation ou à l'acte équivalent, on devrait joindre la preuve que le mariage n'a pas encore eu lieu, et l'Administration pourrait réclamer des certificats de non-célébration émanés des maires des domiciles des futurs époux. Ces certificats ne suffiraient pas à justifier la restitution (3), mais ils suffiraient s'ils étaient corroborés par le décès de l'un des futurs, qui rend le mariage impossible pour l'avenir.

Le mariage de l'un des futurs avec une personne autre que celle désignée au contrat est une preuve, ou crée une forte présomption que le mariage n'aura pas lieu. L'Administration s'en contente pour accorder la restitution (4).

On ne s'explique guère la délibération (5) qui décide que la restitution des droits ne peut avoir lieu au cas

1. Sol. 4 nov. 1835, *J. Enr.*, 1835, n° 11357-2.

2. *J. Enr.*, 1874, n° 19595.

3. Dél. 8 sept. 1832, *J. Enr.* 1832, n° 10419.

4. Sol. 23 fév. 1838, *J. Enr.* 1838 n° 12002-1. — Sol. 7 août 1873.

5. Dél., 8 sept. 1832, *J. Enr.*, n° 10419 précitée.

où un jugement a ordonné la restitution de la dot, lors même que la non-célébration serait régulièrement attestée ; mais il est juste que les droits ne puissent pas être récupérés par cela seul que le père de la future, remboursant au futur une somme reçue aux termes du contrat, déclare par acte notarié que l'union projetée n'aura pas lieu (1).

La signification au notaire rédacteur d'un acte portant que le mariage n'aura pas lieu, n'empêcherait pas la perception des droits, et n'autoriserait pas leur restitution, parce qu'elle ne prouve par la non-célébration antérieure (2).

Les droits perçus sur le contrat de mariage d'un officier ou d'un sous-officier ne sont pas restituables par le seul refus d'autorisation de l'autorité militaire ; car ce refus n'est pas irrévocable, et cesse d'être un obstacle si le futur devient étranger à l'armée (3) ; il faut donc s'en tenir au droit commun.

§ 3. — *Délai de restitution.*

La demande des parties n'est pas recevable indéfiniment. En général, l'action appartenant aux contractants en restitution de droits indûment perçus se prescrit par deux ans qui courent du jour de l'enregistrement (4). Néanmoins, lorsque le droit à la restitution ne naît qu'à une époque postérieure à l'enre-

1. Mauriac, 22 fév. 1850, *J. Enr.*, n° 15224.

2. Dél., 11 mars 1813, *J. Enr.*, 1813, n° 4486.

3. Sol., 18 juin 1870, et 6 avr. 1872.

4. Art. 61-1^{er}, al. 2, loi du 22 frim. an VII, reproduit dans d'autres lois et notamment dans l'art. 5, al. 1 et 3 de la loi du 25 févr. 1901.

gistrement, la prescription ne devrait courir que de cette époque, comme c'est le droit commun en matière de prescription (art. 2257). C'est ce droit commun qui est appliqué dans une solution du 9 août 1820 (1), qui fait partir le délai du jour de la résiliation.

Mais cette solution est isolée, la jurisprudence est en sens contraire. Elle fait courir le délai d'une façon invariable, pour les actions des particuliers contre la Régie, du jour de l'enregistrement (2), estimant « que cette prescription, introduite dans un but d'intérêt public et pour rendre invariables après le délai fixé les perceptions faites par le fisc, ne saurait être modifiée dans son application par les principes de droit commun... »

Aussi est-elle logique quand elle décide que la demande en restitution des droits d'enregistrement perçus à raison d'un contrat de mariage doit être intentée dans les deux ans à partir de l'enregistrement du contrat, et non pas seulement du jour où il est devenu certain que le mariage ne sera pas célébré (3). L'Administration repousse les demandes formées après l'expiration de ces deux ans (4).

Ce système (5) n'a pas d'ailleurs d'autres inconvé-

1. *J. Enr.*, n° 6782.

2. *Cass.*, 27 déc. 1830. *S.* 31. 1. 86. — 12 fév. 1850. *S.* 50. 1. 396. — *Contra* : *Cass.*, 27 déc. 1836. *S.* 37. 1. 519, dans un cas où il y avait impossibilité absolue d'agir.

3. *Cass.*, 10 déc. 1838. *S.* 38. 1. 961.

4. *Dél.*, 8 sept. 1832. *J. Enr.*, n° 10419. — 9 juil. 1833. *J. Enr.*, n° 10663; *Instr.*, n° 1437, § 5. — *Dél.*, 12-30 janv. 1836. *J. Enr.*, n° 11422-1: — *Melun*, 9 mai 1837. *J. Enr.*, n° 11792.

5. Le même est appliqué aux droits perçus sur une cession d'office, mais en vertu d'un texte formel, celui qui crée l'action en restitu-

nients pour les parties que d'abrégér le temps qui leur est laissé pour réclamer. Elles ne peuvent pas alléguer la maxime que la prescription ne court pas contre celui qui ne peut agir, puisque, d'après la jurisprudence même, chacune d'elles « demeure toujours maîtresse de déclarer que le mariage n'aura pas lieu, et qu'ainsi la restitution des droits peut toujours être réclamée tant que le mariage n'a pas été célébré, sauf ensuite à acquitter de nouveau les droits si le contrat vient à recevoir son effet » (1).

§ 4. — *Montant de la restitution.*

Une demande convenablement fondée, et formée par les parties dans les délais voulus, ne peut les faire rentrer pleinement dans les sommes qu'elles avaient dû payer.

Le perception anticipée qui est dans les usages du Trésor ne change pas sa position vis-à-vis des parties : les droits ne sont acquis que quand l'événement s'accomplit, et le contrat de mariage reste un acte conditionnel; tout doit se passer comme s'il avait été enregistré, à ce titre, moyennant le droit fixe des actes innommés. Ce sera ce droit de 3 francs qui sera retenu comme salaire de la formalité, et non, comme cela avait été proposé, le droit fixe de 5 francs mis sur les contrats de mariage sans apports, lequel suppose un contrat exécuté (2).

tion et en fait courir la prescription « du jour de l'enregistrement du traité ou de la déclaration » (art. 14, loi du 25 juin 1841).

1. Cass., 10 déc. 1838 précité. S. 38. 1. 961.

2. Sol., 3 sept. 1872. D. 73. 5. 208, no 82. — Sol., 28 sept. 1872 ; — Sol., 13 déc. 1889. J. Enr., n° 23511.

Le contrat de mariage en lui-même ne donne pas lieu à transcription ; cette formalité ne devient nécessaire que s'il renferme des donations de biens susceptibles d'hypothèque (art. 939). Mais, lorsqu'il en est ainsi, le droit est perçu avant que la transcription n'ait lieu, en même temps que le droit d'enregistrement, dans lequel il est compris. Si le mariage ne se réalise pas, l'Administration n'en accorde pas la restitution d'une façon invariable : elle le considère comme acquis lorsque la formalité a été réellement effectuée.

Le droit d'enregistrement proprement dit perçu sur la donation, a-t-elle décidé (1), est susceptible d'être restitué. « Mais, lorsque le contrat a été transcrit, le droit de transcription, incorporé au droit d'enregistrement, ne doit pas suivre le même sort ; il constitue en effet le salaire d'une formalité qui a été requise spontanément par les parties, et qui ne saurait être considérée comme non avenue, quels que soient les événements ultérieurs. Le droit de transcription est définitivement acquis au Trésor, dès lors que la transcription a été accomplie. Dans le cas contraire, il importe, pour justifier la restitution de la somme perçue correspondant au droit de transcription, de joindre au mandat un certificat du conservateur attestant que le contrat n'a pas été soumis à la formalité hypothécaire »

1. Sol. 8 janvier 1902. Instr. 20 mai 1902 n° 3089 § 6, *Rép. gén. not. et enr.* 1902 art. 12576 ; note en sens contraire.

Cette décision a été combattue et, on a dit que, le droit de transcription étant une rémunération du service rendu bien plus que le salaire de la formalité, sa perception ne se justifie pas lorsque le contrat est caduc, car le service n'a pas existé. En outre, la loi du 25 février 1901, en unifiant le tarif des donations mobilières et immobilières, a supprimé le droit de transcription, et la Régie ne doit pas le rétablir pour réduire une restitution acquise aux parties.

Lorsque des changements ont été apportés au contrat primitif, sur chacun des actes dressés pour constater les conventions successives une pareille retenue sera opérée.

Si un état estimatif a été dressé séparément, et annexé au contrat, le droit fixe perçu lors de son enregistrement sera conservé (1).

A l'inverse de ce qui se passe pour le contrat de mariage, il n'est fait aucune déduction sur les droits relatifs à une cession d'office non suivie de réalisation, malgré l'identité de motifs. Cette différence, qui est expressément établie par l'article 14 de la loi du 25 juin 1841, ne peut se justifier au point de vue des principes.

A part les retenues que nous avons indiquées, l'Administration doit rembourser ce qu'elle avait encaissé soit comme droit fixe de contrat de mariage ou de donation éventuelle, soit comme droit proportionnel d'apports ou de donations entre vifs. Le rembourse-

1. Sol. 6 oct. 1862.

ment doit porter même sur les actes additionnels qui ont modifié le contrat de mariage et le suivent dans sa chute (1). Il pourra n'être que partiel si l'acte additionnel, dressé conformément aux articles 1396 et 1397, annule certaines dispositions du contrat de mariage ou les modifie dans un sens tel que les droits perçus excèdent ceux qui l'auraient été pour les deux actes combinés (2), par exemple quand une somme d'abord stipulée donnée, est ensuite présentée comme l'acquittement d'une dette.

Si l'une des parties refusait de concourir à l'acte modificatif, les futurs époux n'auraient d'autre ressource que de résilier leur contrat pour en faire un nouveau qui paierait les droits dont il est passible, sauf restitution de ceux qu'on avait perçus sur le premier.

La restitution s'étend aux droits perçus à raison des dispositions indépendantes dont l'exécution est subordonnée à l'existence du mariage, ce qui doit se déduire facilement du fait de leur insertion dans le contrat de mariage. Elle a été octroyée sur une déclaration relatant un don manuel fait à l'un des futurs en considération du mariage (3), sur un partage anticipé (4),

1. Sol. 26 août 1839.

2. Sol. 24 sept. 1812. *J. Enr.* N° 4300. La rédaction de la contre lettre à la suite du contrat de mariage, prescrite dans l'intérêt des tiers, ne serait peut-être pas nécessaire aux yeux de la Régie, qui connaît le premier contrat ; mais, quoiqu'elle ne se fasse pas juge en principe de la validité des actes, elle pourrait bien s'en occuper dès lors qu'il s'agit de rembourser des droits et non d'en recevoir.

3. Sol. 27 août 1861, *Rép. périod.* N° 1547.

4. Sol. 11 sept. 1866.

sur une vente d'immeuble passée le même jour que le contrat de mariage, par acte séparé, mais que les circonstances montraient soumise, quant à son exécution, à la célébration du mariage (1); ce détail est essentiel (2).

Outre les droits normaux, que nous avons seuls envisagés jusqu'ici, le contrat peut avoir occasionné des amendes et des frais. S'il contenait des évaluations reconnues trop faibles, les droits en sus qui auraient été dus suivront le sort des droits simples et seront abandonnés ou restitués comme eux (3); mais les frais de l'expertise seront à la charge de la partie jusqu'au jour où la résiliation aura été portée régulièrement à la connaissance de l'Administration.

Quant aux amendes encourues par le notaire pour avoir fait enregistrer le contrat hors délai, ou pour contravention aux articles 41 et 42 de la loi du 22 frimaire an VII, il est peu probable qu'il puisse s'en faire relever.

Celui qui réclame la restitution de taxes quelconques indûment perçues a encore droit à la restitution du timbre de la pétition qu'il a dû rédiger (4). On la refuse pourtant sur un contrat de mariage non suivi de célébration (5), bien que les droits aient été perçus d'avance pour les commodités de la Régie, et en défi-

1. Sol. 13 avr. 1872.

2. Sol. 22 juin 1872, refusant la restitution.

3. *J. Enr.* n° 13, 657; Sol. 14 mai 1872.

4. article 42, loi du 29 mars 1897.

5. Sol. 20 août et 8 septembre 1897, *J. Enr.*, n° 25324; Sol. 16 juillet 1901; Instr. 3080, § 6.

nitive irrégulièrement perçus (1). La Régie en convient partiellement, puisqu'elle consent à la restitution des droits eux-mêmes en l'absence de texte. Mais d'autre part la perception est considérée d'une façon générale comme régulière par cela seul qu'elle est conforme à la loi, c'est-à-dire « lorsqu'il a été fait une exacte application du tarif aux actes produits et aux déclarations des redevables. » (2); ainsi elle est régulière quand même la vente constatée dans un acte se trouve annulée par la justice au jour de l'enregistrement (3).

Le contrat de mariage, résilié entre les parties ou portant sur la minute même la déclaration de l'une d'elles qu'elle veut s'affranchir de ses stipulations, ne peut revivre que par une nouvelle manifestation de volonté. S'il est déclaré qu'on s'en tient au contrat résilié, les droits restitués devront être réintégrés (4).

Mais s'il est fait un contrat entièrement nouveau, il ne donne ouverture qu'au droit dont il est passible, sans qu'il y ait lieu pour l'Administration de réclamer la réintégration de ceux qui avaient été perçus sur les contrats antérieurs (5).

1. Wahl. *Tr. de dr. fiscal*, II, n° 418.

2. Cass. 10 juillet 1860. S. 60. I. 905.

3. Sol. 18 décembre 1893, *Rép. gén. prat. du Notariat*, article 7946.

4. *J. Enr.* 1819, n° 6467; *Déc. min. fin.*, 13 août 1819. *J. Enr.* 1819, n° 6503; motifs de Cass., 10 décembre 1838. S. 38. I. 961.

5. Même *décis.*, 13 août 1819.

IV^e PARTIE

EFFETS DE LA CADUCITÉ DUE A L'ANNULATION DU MARIAGE.

En séparant les effets de la caducité d'après la cause qui l'a amenée, nous n'avons pas voulu indiquer qu'il y eût deux sortes de caducité, agissant chacune d'une façon différente, avec plus ou moins de force.

Le principe de ces effets est toujours le même et ceux que nous avons déjà rencontrés peuvent être aussi la conséquence de l'annulation du mariage. Pourtant la disparition des conventions matrimoniales dans le passé peut-être largement tempérée par l'application de la théorie des mariages putatifs.

Et, cette disparition même se produisant, il y a plus à faire qu'à la constater : les choses ne sont plus entières, le mariage a eu une apparence d'existence qu'on ne peut abolir, d'où sont nées des situations auxquelles il faut un dénouement. Deux personnes ont vécu un certain temps comme mari et femme, ont en partie confondu les biens qu'elles avaient en se ma-

riant, ou qu'elles ont depuis acquis à titre gratuit ou amassés en travaillant, elles ont fait des dépenses pour leur compte particulier ou afin de pourvoir à l'existence commune. Leur avoir a été vraisemblablement géré en conformité du pacte matrimonial. Mais avec le mariage s'effondre ce pacte, et tout est à réviser.

Deux situations extrêmes sont ainsi possibles : le mariage nul et de nul effet sans aucune atténuation à la caducité du contrat, — et le mariage putatif de part et d'autre, dont les effets déjà réalisés ne souffrent aucune diminution, — entre lesquelles une situation intermédiaire, créée par la bonne foi d'un seul des époux, qui lui assure ainsi qu'à ses enfants les avantages d'une union légitime.

Nous parcourrons successivement ces trois hypothèses, mais pour la première et la troisième, nous pourrons plutôt donner une direction générale que tracer un plan complet et précis des droits des époux : ce sont des situations exceptionnelles, on ne peut, à cause de leur rareté et de leur anomalie, les prévoir en détail, et chaque espèce apporte des circonstances originales susceptibles de modifier les solutions.

Cette observation est plus exacte encore au cas de bigamie, pour lequel nous essayerons de signaler, sinon de résoudre, l'enchevêtrement de droits qui naît entre les divers intéressés, et dans lequel il peut y avoir à combiner les règles des mariages putatifs et celles des mariages nuls non putatifs.

Frais du contrat de mariage. — Mais nous plaçons

ici une remarque générale pour l'annulation du mariage. Qu'elle que soit son influence sur le contrat de mariage, elle ne peut motiver aucune restitution des frais d'acte notarié et d'enregistrement auxquels ce contrat avait donné ouverture.

Le notaire a rempli son rôle et assumé la responsabilité qu'il comporte puisque, à tort ou à raison, le contrat a fonctionné et a pu donner lieu à un recours contre lui. Il peut être anéanti si le mariage est annulé rétroactivement, mais il peut aussi recevoir son application jusqu'au moment de l'annulation et de la liquidation de droits qui en est la suite, si le mariage vaut comme putatif. D'ailleurs, le notaire garde ses honoraires lorsqu'un acte par lui rédigé vient plus tard à être annulé et que cette annulation ne lui est pas imputable (1). La caducité doit être assimilée ici à l'annulation d'un acte pour une cause non imputable au notaire : le contrat a toujours été valable ; il a eu un moment une existence virtuelle, puis une existence effective que lui a procurée ou a paru lui procurer la célébration du mariage ; cette existence n'a cessé que par un événement ultérieur, l'annulation du mariage.

Les droits d'enregistrement sont aussi acquis sans retour. L'annulation du mariage est considérée comme un de ces événements ultérieurs qui, d'après l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII, n'influent pas sur la perception régulièrement opérée. Or elle l'a été régulièrement puisqu'il y a eu célébration : « ... le

1. Trib. Troyes, 7 juillet 1885. *Journ. du Not.*, n° 3787, J. N. 23539.

contrat avait reçu le complément nécessaire, et les causes qui ont pu le faire résilier ou annuler ne sauraient influencer sur la perception légalement consommée » (1).

Cela a été jugé par la Cour de cassation (2) : «... la perception..., n'eût-elle été alors que provisoire, a été rendue définitive et irrévocable au moyen de l'acte de célébration..., puisque cet acte aurait donné à la célébration le caractère de fixité qui jusque-là lui aurait manqué ». Ce refus de remboursement est bien dans l'esprit des décisions de la Régie, qui l'oppose à toute demande fondée sur l'annulation de l'acte après son enregistrement,

1. Dél. 13 nov. 1824. — V. encore Instr., 1661 § 11.

2. 25 mai 1841. S. 41.1.525.

CHAPITRE PREMIER

Liquidation des droits des époux après l'annulation de leur mariage en dehors du cas de mariage putatif.

Les conventions matrimoniales, qui ont pu recevoir en fait leur exécution, sont réputées rétroactivement non avenues lorsque la nullité a été prononcée. Le plus souvent, les époux se sont conformés, dans leurs rapports pécuniaires, aux règles de leur contrat de mariage, car, ayant contracté sciemment un mariage nul, ils ont dû espérer que la nullité ne serait jamais découverte. Cependant on ne peut pas s'en rapporter à ces conventions. Ce qui a existé n'est ni une communauté, ni aucun autre régime matrimonial, c'est une confusion de fait plus ou moins profonde entre les intérêts de deux personnes vivant ensemble.

De cette confusion on est bien obligé de tenir compte, car, si théoriquement le mariage est annulé avec toutes ses conséquences, il n'en a pas moins existé des rapports pécuniaires entre les époux, c'est une réalité qui s'impose. Ces rapports, dit-on en maint

endroit, ne sont autres qu'une société de fait, sont réglés suivant les principes des sociétés de fait.

SECTION I

Application à cette hypothèse du système des sociétés de fait.

La formule mérite quelques éclaircissements, car la société de fait, construction jurisprudentielle, opposée à la rigueur du droit, et développée sous la seule poussée des nécessités pratiques, revêt des formes multiples suivant le domaine dans lequel elle se meut : association, société commerciale, société civile, et suivant les circonstances qui lui ont donné naissance (1).

C'est en matière commerciale qu'elle reçoit la plus large application, parce que là est le terrain le plus favorable aux sociétés, qui de plus, étant assujetties à une réglementation minutieuse, encourent de nombreuses causes de nullité, et se trouvent ainsi souvent fonctionner sans réunir les éléments considérés comme essentiels par la loi. Dans ce cercle spécial, la société de fait peut s'observer sous deux aspects nettement distincts, qu'elle affecte d'après la cause dont elle est issue.

Ou bien c'est une société caractérisée, conforme à celle que les contractants avaient voulu adopter, qui survit à l'annulation, au moins dans le passé, et pour

1. V. Sur ce sujet H. Loubers, *Essai d'une théorie générale des sociétés de fait*, Paris 1908.

fournir les bases de la liquidation entre associés : il en est ainsi lorsque la nullité provient du défaut de publicité, et même, d'après la jurisprudence, d'un vice de constitution, et, dans certains cas, du caractère illicite de la cause.

Ou bien cette société ne constitue qu'un agrégat de biens, répondant à un modèle constant et soumis à un régime uniforme, celui du droit commun, c'est-à-dire aux règles générales des sociétés posées par le Code civil : c'est ce qui a lieu, d'après la majeure partie de la jurisprudence, quand la nullité tient à une cause illicite, et encore lorsque la société, quelle qu'elle soit, s'est comportée comme une société ne comprenant que des associés indéfiniment responsables.

En matière civile, il n'y a pas lieu de faire cette différence. La société civile n'est astreinte qu'à des règles de constitution très simples, sources de nullité en cas d'inobservation, qui ne comportent pas de distinction, pourvu que les parties aient été capables et aient donné un consentement valable. D'ailleurs, la société civile régulière n'est pas susceptible des mêmes variétés que la société commerciale, de sorte que la société civile de fait, elle aussi, relève d'un type unique dans tous les cas où elle prend naissance, type qui ne se différencie que d'après l'étendue, en société universelle et en société particulière (art. 1835).

L'article 1834 exige pour toute société dont l'objet dépasse 150 francs la rédaction d'un écrit. Mais la doctrine et la jurisprudence n'interprètent cette condi-

tion que comme un rappel de la règle générale de l'article 1341, de sorte qu'à son défaut la société n'existera pas moins si elle est prouvée par témoins, dans les cas où cette preuve est ordinairement admissible. Ce qu'on prouvera ainsi pourra être une association réalisée consciemment en vue d'un but déterminé, dont il a même pu y avoir à l'origine une preuve écrite, mais fréquemment aussi ce sera une simple communauté, une copropriété résultant plus de la manière de se comporter entre elles de deux ou plusieurs personnes, que d'une intention juridique bien définie, situation qui justifie d'après la jurisprudence l'application des règles des sociétés.

§ I. — *Société de fait entre concubins.*

En ce sens, il se forme parfois entre concubins, sans même un simulacre de mariage, une société qui offre la plus proche analogie avec celle qui a son origine dans la vie commune de deux époux illégalement mariés. Les tribunaux ont eu parfois à qualifier les rapports issus du concubinage au point de vue de la fortune ; ils ne l'ont pas fait d'une façon invariable, à raison même de la diversité des hypothèses.

Ils admettent la possibilité d'une société entre concubins, mais ne la font pas dériver nécessairement de leurs relations extraconjugales, ce qui est naturel, la cohabitation n'impliquant pas en elle-même l'*affectio societatis*.

Cette intention de se mettre en société doit être

prouvée en principe par écrit (art. 1341 et 1334) ; mais elle peut résulter de la preuve par témoins ou par présomptions, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, lequel peut se trouver dans le contenu d'un interrogatoire sur faits et articles subi par l'un des concubins. C'est ce qu'a décidé la Cour de Paris (1) dans l'un des arrêts qui reconnaissent le plus ouvertement et le plus explicitement l'existence d'une pareille société.

Un individu marié, mis en faillite, s'était, après avoir abandonné sa femme et ses enfants, créé un faux ménage ; il avait fondé avec sa concubine et sous son nom, sans ressources préexistantes de part ni d'autre, un nouveau commerce analogue au premier. L'entreprise ayant eu des destinées assez prospères, ils la cédèrent au bout d'un certain temps et firent diverses acquisitions avec le prix de la vente. Après trente-deux ans de vie commune, une séparation intervint, et l'homme réclama contre son ancienne compagne la totalité de l'actif, comme provenant de son travail, et subsidiairement, la reconnaissance d'une société de fait où il puiserait un droit au partage des biens acquis.

Cette reconnaissance lui fut accordée, la femme ayant avoué, au cours de l'interrogatoire, qu'il avait toujours géré l'établissement, qu'il payait lui-même les ouvriers et puisait librement dans la caisse pour ses besoins, qu'il achetait et négociait des titres au porteur et en touchait les coupons.

1. 15 juin 1872. S. 74. 1. 37.

Des présomptions venaient confirmer ce commencement de preuve : la plupart des contrats et la gestion du commerce avaient été faits au nom de la femme, mais c'est lui qui avait volontairement emprunté ce nom, sous lequel il agissait en personne, pour échapper à l'action de ses créanciers, et dans la réalité, c'est à lui qu'était due la réussite de la maison, la femme, qui n'était pas en état de la créer ou de la gérer, ayant pu tout au plus y contribuer par son activité et son économie.

De là, conclut la Cour, « la preuve ressort complète et incontestable qu'il a existé en fait, et en vertu de conventions verbales constamment pratiquées entre les parties, une société universelle de gains... » ; cette société doit renfermer aux termes de la loi (art. 1838) « tout ce que les parties ont acquis par leur industrie, à quelque titre que ce soit pendant son cours, sauf les biens adventices par donation ou legs » ; par suite le tout doit tomber dans l'actif social, nonobstant l'attribution à l'un des associés, à moins que la preuve littérale et authentique d'une attribution de l'un au profit de l'autre ne soit rapportée. Comme ce n'est pas le cas, et que dans les diverses acquisitions, la femme semble bien ne figurer en son nom personnel que pour le compte et au profit de l'association, il doit être fait partage de l'actif total, sauf prélèvement au profit de l'homme de la valeur des biens par lui recueillis dans une succession.

Un arrêt de Lyon (1), moins détaillé dans ses con-

1. Lyon 8 mars 1889, *Le Dr.* 2 avr. 1889; *Ann. dr. com.* III, 88, p. 118.

sidérants, admet dans les mêmes conditions une société universelle de gains entre concubins. Cette association n'étant pas établie par un acte spécial, les premiers juges ont pu faire ressortir son existence : « 1° d'un commencement de preuve par écrit puisé dans l'interrogatoire sur faits et articles du sieur..., de ses déclarations à la barre du tribunal, de certains faits à lui personnels ; 2° d'un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes équivalant à la preuve écrite, que... et... avaient confondu leurs biens en même temps que leur existence, unissant leurs efforts, leur travail, leur industrie pour créer et faire prospérer ensemble un commerce dont les résultats devaient leur être communs pendant la vie de concubinat qu'ils pratiquaient, et qui seraient partagés quand elle viendrait à cesser pour une cause ou pour une autre... » L'argument d'immoralité, qui peut faire réprouver l'union des personnes, est sans portée vis-à-vis de l'association de biens, de travail et d'industrie.

Il peut paraître contradictoire des'embarrasser d'une preuve écrite ou de l'équivalent, pour établir une société non pas constatée et constituée régulièrement, mais qui « a existé en fait ». S'il y avait réellement preuve écrite que des personnes ont eu, au lieu d'une vague conscience des rapports s'établissant entre eux, la volonté de former une société, cette société existerait, sans épithète.

Aussi la preuve ne peut-elle être obtenue que par un expédient, que la jurisprudence, il est vrai, emploie

couramment, mais qui est bien un expédient : l'interprétation comme commencement de preuve par écrit des réponses à un interrogatoire sur faits et articles. Cette ressource a manqué à la Cour de Paris (1) dans une espèce pourtant très ressemblante où, les deux concubins étant décédés, il était impossible de les interroger pour livrer passage à la preuve testimoniale.

Un sieur Baur, ouvrier, en possession d'un petit pécule, avait fait ménage commun à partir de 1884 avec une dame Mettrier, que son mari avait abandonnée avec ses enfants, et qui possédait quelques économies. Petit à petit, à l'aide de leurs modestes ressources, ils entreprirent un commerce de brocantage, puis de curiosités, qui prospéra assez vite, si bien qu'à sa mort, en 1885, Baur laissa un actif de 600.000 francs. Il était seul titulaire de la maison de commerce, pour laquelle aucun acte d'association n'avait été passé ; mais la dame Mettrier y occupait le nom, les apparences et l'autorité d'une femme légitime ; elle dirigeait et opérait elle-même la revente des objets dont Baur, faisait l'acquisition.

Elle était décédée dès 1877 et ses enfants, qui étaient munis d'un testament de Baur, daté de 1863 et les instituant légataires universels, n'avaient élevé à ce moment aucune prétention. A la mort de ce dernier, ils se firent envoyer en possession de ses biens mais en furent bientôt évincés par les époux Bourdin entrés

1. Trib. Seine, 26 juillet 1889 et Paris, 16 mai 1890. *Gaz. Trib.*, 30 mai 1890.

depuis quelques années à son service, et au profit de qui il avait fait, en 1882, un nouveau testament, ignoré jusqu'au décès.

Ils prétendirent alors que, par suite de la communauté d'intérêts qui avait existé pendant trente-deux ans entre leur mère et le sieur Baur, il s'était créé une société universelle de gains, et formèrent une demande principale tendant à faire procéder à la liquidation de cette société et au partage des biens en dépendant, — et une demande subsidiaire en vue d'obtenir du chef de leur mère, en représentation de l'emploi constant de son travail, de son intelligence, et même de son apport de capitaux au début de l'entreprise, une indemnité évaluée, à raison de 10.000 francs par an à 320.000 francs.

Le tribunal de la Seine leur octroya une somme de 50.000 francs, comme prix des salaires de la femme Mettrier. Quant à la Cour de Paris, elle constate que le concubinage ne peut, par le seul fait de son existence, créer entre les parties une communauté de biens ; qu'il n'est justifié d'aucun acte constatant une association, dont les héritiers Mettrier ne sont plus en mesure de faire la preuve dans les conditions autorisées par la loi ; que les faits et documents de la cause établissent clairement que la dame Mettrier occupait une situation qui n'était nullement celle d'une employée salariée.

Après avoir rappelé que le succès de l'entreprise a été dû à une collaboration continuelle, la Cour considère « que cette situation commerciale..., bien qu'elle

ne soit pas constatée par un acte régulier, et échappe légalement à une définition rigoureuse, n'en a pas moins la valeur d'un fait matériel qui s'impose et doit se résoudre par l'application des règles générales de l'équité et du droit ; que le fait a, en effet, créé entre les parties un lien de droit et des obligations réciproques qui ne sauraient permettre à l'une d'elles, sans une souveraine injustice, de s'approprier exclusivement le produit d'une industrie exercée en commun pendant de longues années. »

La collaboration étant prouvée, la Cour pouvait, d'après nous, reconnaître la société de fait aussi bien ici que dans les espèces précédentes (1) : si nominale-ment la femme avait laissé à son collaborateur le rôle extérieur dans la conduite du commerce, c'est que, passant pour mariée, elle était censée représentée par lui. Mais la Cour voit les choses autrement et attribue aux conjoints Mettrier une somme arbitrée à 100.000 francs, à titre d'indemnité et non plus de salaire, dans le but évident de faire échec à la prescription, qui était opposée par les époux Bourdin.

S'il n'y avait pas société, s'il n'y avait pas louage de travail, nous cherchons quelles relations avaient pu se former entre les collaborateurs, quel « lien de

1. C'est cette dernière décision que nous approuvons, car, au lieu de chercher à forger la preuve d'une société qui n'a pas existé réellement, elle avoue son impuissance à qualifier les relations pécuniaires des concubins ; mais alors elle est réduite à les régler en fait, d'une façon nécessairement arbitraire, n'ayant plus la facilité d'invoquer les règles des sociétés.

droit », quelles obligations réciproques, qui fussent le germe de l'indemnité ainsi allouée.

Pour repousser l'idée d'une société universelle de gains, le tribunal, dont la Cour adopte les motifs, avait remarqué que toutes les pièces concernant le commerce, et les quittances de loyer portaient le nom seul de Baur ; que le fait pour celui-ci de faire à trois reprises son testament indiquait que le patrimoine était sa propriété exclusive, et qu'enfin la femme Mettrier, sous puissance de mari, n'aurait pu s'associer légalement sans son autorisation avec une tierce personne.

Ces raisons ne sont pas convaincantes. La notion de société de fait implique une imperfection empêchant la société d'être normale, et la jurisprudence, qui juge illicite la société entre époux, ne se fait pas scrupule, tout en l'annulant, de la sanctionner comme société de fait pour la phase d'exploitation écoulée (1). Un tribunal a même relevé une société de fait (2) entre époux séparés de biens lorsque le mari, qui avait cédé à la femme en paiement de ses reprises le matériel servant à l'exploitation d'une industrie exercée par lui, avait continué l'exercice de cette industrie avec le concours de sa femme et à l'aide du même matériel.

D'ailleurs, si la femme manquait d'autorisation pour s'engager dans une société, elle n'en avait pas

1. Cass., 7 mars 1888. S. 88. 1. 305. — 18 juil. 1893. S. 94. 1. 25. — 5 mars 1902. S. 05. 1. 41 ; D. 03. 1. 207.

2. Trib. Lyon, 31 juil. 1867, *Rev. not. et enr.*, 1868, n° 2004.

davantage pour apporter un concours rémunéré à une affaire commerciale. Du moins, son incapacité étant relative comme celle du mineur, elle seule pouvait l'opposer, ou ses ayants droit. Son mari n'avait pas intérêt à l'invoquer, il n'était même pas certain qu'il en eût le droit (1).

La confection par Baur de plusieurs testaments ne pouvait changer la nature de ses droits : au contraire celui qu'il avait fait en premier lieu était une reconnaissance complète des droits de sa concubine, qu'il reportait sur ses enfants. Son nom figurait seul sur les livres et les factures, mais ce ne pouvait être à titre de gérant. Chacun, ayant un rôle distinct, pouvait être regardé dans sa sphère comme mandataire de l'autre pour partie.

La même incertitude et le même flottement apparaissent déjà dans une décision plus ancienne. La Cour de Rennes (2), saisie, au décès d'un individu marié, d'une demande de sa concubine en partage de la société universelle qu'elle disait avoir existé entre eux, rappelle qu'une société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes (art. 1840) (3).

1. V. Sir. 1907. 1. 145 : Cass., 8 novembre 1905, et décisions des juridictions inférieures, ainsi que la dissertation de M. Hémar.

2. 19 décembre 1883, en note sous S. 52. 2. 210.

3. Est-ce une allusion à l'ancienne prohibition des donations entre concubins, qui n'a pas survécu à l'ancien droit ? Nous voulons croire plutôt que le mari infidèle avait des héritiers réservataires ; mais si vrai-

Puis elle déclare que « d'après les faits et la rigueur des principes, il n'a existé réellement... qu'une société illicite » ; s'il est résulté de la cohabitation une confusion du mobilier, la femme pourrait être appelée personnellement à justifier ce qu'elle a pu apporter au domicile commun. Mais, en considération de la durée de la cohabitation qui s'est prolongée jusqu'au décès, et ayant égard à la fortune, aux personnes et à l'industrie respective des concubins, la Cour estime juste d'arbitrer au quart du montant de l'inventaire la part que peut réclamer la femme, « qui a dû apporter un faible mobilier, quelques revenus et le fruit de son travail dans l'habitation commune ». C'est, semble-t-il, la négation de toute société, et la simple attribution à la femme de l'importance approximative des valeurs qu'elle avait laissées en gouvernation à son concubin.

Dans un arrêt du 19 août 1851 (1), la Cour de Paris rejette la demande formée au décès d'une femme contre celui qui avait été son concubin, dans le but de venir au partage d'un fonds de café créé et géré par tous deux, et généralement de tous les gains faits par eux au cours de leur vie commune qui, d'après les héritiers, avait constitué une société de fait susceptible de produire des résultats légaux.

Le jugement de première instance avait reconnu

ment il y avait eu collaboration, ce n'était pas un obstacle à ce que la femme participât aux bénéfices dans la mesure de cette collaboration analogue. Cass., 17 août, 1864. D. 65. 1. 304. — Paris, 26 août, 1868, *Rev. not.*, 1868, n° 2267.

1. S. 52. 2. 210 et note, et en 1^{re} instance trib. Avallon, 6 juin 1851. *ibid.*

l'existence d'une association en participation dont l'homme, qui toujours figurait en nom, n'était qu'associé-gérant. Mais la Cour ne l'entendit pas ainsi, et débouta les demandeurs, parce qu'il n'y a pas société en participation lorsque sont mis en commun tous les gains et bénéfices faits à quelque titre que ce soit. Il ne pouvait y avoir qu'une société universelle de gains, mais à la différence de la participation (art. 49 C. com.) on devait la prouver par écrit, et d'ailleurs elle était démentie par ce fait que tous les actes avaient été inscrits au nom de l'homme seul ; en conséquence il n'avait pu naître de toutes les opérations faites, des droits qu'en sa faveur.

Cette sentence est bien sévère ; la faute en est peut-être aux demandeurs qui, trop confiants dans l'issue du procès, n'avaient pas cru devoir déposer des conclusions subsidiaires afin de se voir allouer, sinon des droits d'associé, du moins une certaine somme en dédommagement du travail fourni.

Telles sont, dans leur variété, les principales décisions rendues en matière de concubinage par la jurisprudence. On ne saurait faire grief à celle-ci de son manque de précision : elle doit pourvoir à des situations non organisées, difficiles à caractériser, et s'efforce avant tout de satisfaire l'équité suivant les circonstances. Elle n'a pas à rechercher si les sociétés de fait sont commerciales ou civiles ; mais remarquons que, si la société universelle, qui est le plus souvent reconnue, ne peut être exclusivement commerciale, elle est née, dans toutes les espèces que nous avons vues,

à l'occasion d'opérations commerciales, celles qui se prêtent le mieux à la collaboration effective.

L'existence d'une société n'a d'intérêt qu'autant qu'il y a un actif net à partager : du passif donc il n'est pas question. Les dépenses faites durant la vie commune ont été soldées par les deux concubins ou par l'un d'eux, soit de sa poche, soit sur la caisse commune : ils agissaient librement et il n'y a pas à revenir sur cette répartition. Mais le mode suivant lequel ces charges étaient acquittées pourra servir à déterminer le degré de communauté *lato sensu* qui existait entre eux.

§ 2. — *Société de fait dans un mariage annulé*

Cet exposé nous a préparé à aborder la situation de deux époux de mauvaise foi dont le mariage est annulé : après la décision de justice il ne subsiste plus, ici encore, qu'un concubinage. Ce cas, pour lequel pourront être mises à profit une partie des explications qui précèdent, se présente cependant sous un jour légèrement différent ; mais il fournit peu de matière à la jurisprudence. Il est donc difficile de saisir dans ses rares décisions la façon dont elle y pourvoit, ce qu'elle substitue aux conventions matrimoniales abolies pour attribuer aux époux ce qui leur revient.

Un arrêt de la Cour de Paris (1), cité parfois comme admettant une société de fait, a une toute autre portée. Il y est bien question de société de fait, mais dans

1. 10 févr. 1892, D. 92.2.493 ; Pand. fr., 93.2.137.

des termes strictement énonciatifs. Le Tribunal de la Seine, dont la Cour adopte ensuite les motifs, dit « que les règles du contrat de mariage ne sauraient s'appliquer à la société de fait ayant existé entre les personnes unies par le lien matrimonial dont la nullité a été prononcée... », puis décide « qu'il n'y a lieu d'ordonner la liquidation de la société de fait ayant existé... »

Il eût été probablement moins affirmatif si, adoptant effectivement ce mode de liquidation, il lui avait fallu en justifier l'emploi et en établir les bases. Mais il en était dispensé, précisément parce que le débat roulait sur l'efficacité d'un règlement intervenu entre les époux en vue de l'annulation prochaine du mariage et fixant les restitutions dues à la femme. Ce règlement était argué de nullité notamment comme partage de communauté ou de société non conforme à l'article 887 ; mais la Cour de Paris répondit que ces dispositions sur le partage n'étaient pas applicables « puisqu'il n'y a pas eu ici une association dans l'acception légale du mot ». Finalement, nous ne savons pas quelles relations pécuniaires ont régné entre les faux époux.

A une date récente, la Cour de Paris (1) a rendu un arrêt qui se rapporte à notre hypothèse et qui, d'une façon positive, bien qu'indirecte encore, aborde le problème de la société de fait, en motivant l'ad-

1. Trib. Reims, 15 mai 1903. *Gaz. Pal.* 03. I. 793 ; et Paris 8 mars 1905, *Gaz. Pal.* 05. II. 10.

mission de cette société, et en faisant jouer quelques-unes de ses conséquences.

Un sieur Lefort, ayant obtenu en France contre sa femme la séparation de corps pour adultère, avait convolé à de nouvelles noces à New-York avec Françoise Martin. Revenu en France, il vécut avec elle comme légitimement marié, et acquit un immeuble où tous deux exploitèrent un fonds de commerce.

Plus tard, Lefort fit à Françoise Martin donation de l'usufruit de toute sa succession, dans un acte où ils déclaraient être mariés sous le régime de la communauté légale à défaut de contrat. Ils vendirent ensuite la maison et le fonds de commerce moyennant un prix de 16.000 francs.

Lefort étant décédé, la femme prit dans l'inventaire la qualité de commune en biens et de donataire en usufruit. Elle réclama 8.000 francs, moitié du prix de vente, aux acquéreurs, mais ceux-ci résistèrent, prétendant que les cédants n'avaient pas vécu sous le régime de communauté, leur mariage n'étant ni valable ni putatif, et ils demandèrent la nullité dudit mariage pour inobservation de la loi française.

Leur défense, présentée tant en leur nom personnel que comme représentants de leurs enfants mineurs, pour qui ils avaient su se rendre acquéreurs des droits héréditaires des héritiers Lefort, — ce qui réunissait chez eux la qualité de débiteurs par suite de leur acquisition, et d'ayants droit de Lefort (1), —

1. Il semble bien qu'ils se refusaient à payer, tout étant dû alors à Lefort, c'est-à-dire à eux ou à leurs enfants.

ne fut accueillie ni en première instance ni en appel, pour le motif qu'ils n'avaient pas d'intérêt, car, « la mauvaise foi de Françoise Martin fût-elle établie, il n'en resterait pas moins qu'il s'est formé, entre elle et Lefort, une société de gains qui, pour n'être pas la communauté légale, n'en conférerait pas moins à la demanderesse le droit sur lequel elle fonde sa demande ».

Le jugement de Reims dit encore que, si le seul fait de la cohabitation et de la vie en commun ne suffit pas à prouver l'existence d'une société, s'il est en outre nécessaire d'établir l'*affectio societatis*, « l'existence de cet élément résulte à l'évidence du mariage lui-même puisque ce mariage, du moins dans la pensée des contractants, ainsi qu'ils n'ont cessé de le déclarer, emportait adoption, quant à leurs biens, du régime de la communauté, qui est une véritable société... ». La société est régie par les règles ordinaires du contrat de la société et non par les règles spéciales de la communauté légale, mais la distinction est sans intérêt dans l'espèce, car à défaut de convention, le partage de la masse commune, comme celui des bénéfices, se fait par moitié s'il n'est pas justifié que les apports aient été inégaux. Dans l'achat de l'immeuble, Lefort a comparu seul, mais, se présentant comme commun en biens et agissant autrement qu'à titre de remploi, il achetait nécessairement pour la société.

De même, d'après la Cour, « la déclaration de communauté par Lefort et Françoise Martin contenue au

même acte, implique l'existence entre eux d'une société universelle de fait en vue de partager leurs gains ;.. le commencement de preuve par écrit qui en résulte est complété par un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes ;... Lefort et la dame Françoise Martin, à la suite de leur union civilement nulle, ont mis en commun leurs ressources et leur industrie ».

SECTION II

Difficultés de cette application

D'après toute cette jurisprudence, on voit que c'est une affirmation trop absolue et trop vague à la fois, de dire que les relations pécuniaires d'époux dont le mariage vient à être annulé sans restriction, se liquident suivant les principes des sociétés de fait. Mais nous devons rassembler les enseignements qui se dégagent de cette jurisprudence.

Quel que soit le régime auquel les époux s'étaient soumis, ces principes ne peuvent être pour nous que ceux qui sont posés au Code civil par les articles 1832 à 1873, car le régime adopté ne peut être maintenu comme l'est le pacte social après annulation d'une société pour défaut de publicité, sans qu'on arrive à confondre le mariage putatif avec celui qui ne l'est pas.

Dans cette mesure même, la société ne se forme pas de plein droit. S'il ne se vérifie pas qu'elle ait existé entre les collaborateurs, chacun gardera pour

lui seul le bénéfice des opérations faites sous son nom, à moins qu'on ne trouve équitable d'attribuer à celui qui, tout en participant activement à l'augmentation de la fortune, n'a tenu extérieurement qu'un rôle effacé, une allocation qui sera soit un rappel de salaires ou d'appointements, soit une indemnité sans qualification précise.

Pour établir l'existence d'une société de fait il faut, d'après la jurisprudence, apporter une preuve écrite ; mais comme cette exigence n'est jamais satisfaite, elle se montre très accommodante et, pour rendre possible la preuve testimoniale, ne fait pas de difficulté à apercevoir un commencement de preuve par écrit. Elle le trouve dans les réponses à un interrogatoire sur faits et articles ; elle le trouve aussi, lorsqu'il s'agit de personnes passant pour mariées, dans la déclaration de communauté faite par elle au moment où elles contractent ; il pourrait même suffire des dispositions du contrat de mariage ou du fait de s'être mariés sans contrat, si les époux n'ont jamais manifesté l'intention de s'écarter du régime adopté.

Quand la société est prouvée, il faut en délimiter l'étendue. Entre concubins d'origine, c'est-à-dire entre personnes qui n'ont jamais aspiré sérieusement au titre d'époux, il y a toute présomption pour qu'elle soit une société universelle, car c'est celle qui répond le mieux à leur situation.

Toutes les décisions que nous avons rapportées la dénomment ainsi ; elles ne statuent que sur l'attribution des biens acquis en commun, car les parties en

cause s'étaient mises en ménage sans fortune antérieure appréciable. Mais la société de gains pourrait se combiner avec une société des biens présents. Quand les concubins ont une certaine fortune, la société pourrait être particulière, et se borner à l'usage et à la jouissance de certains biens (art. 1841), celui qui exerce une profession séparée en gardant par exemple tous les profits. Si les affaires communes sont des affaires commerciales, il pourrait y avoir société en participation, ce qui faciliterait grandement la preuve, aucun écrit n'étant indispensable (art. 49 C. com.)

Pour des personnes entre qui il y a eu mariage nul, la société sera modelée sur le contenu des conventions matrimoniales dans une certaine mesure : elle n'existera pas si elles établissaient la séparation de biens, parce que les deux patrimoines ont dû rester distincts. Mais s'il y avait stipulation de communauté, soit dans les termes du régime légal, soit réduite aux acquêts, le résultat sera à peu près constant, chaque époux devant, à l'expiration de la société, reprendre ses apports (1) et n'ayant pu faire entrer dans une société, fût-ce une société universelle, les biens qui devaient leur advenir par succession, donation ou legs : c'est la disposition expresse de l'art. 1837, qui ne fait d'exception que pour la communauté entre époux.

1. Jugé à l'égard d'une femme bigame dont le mariage, contracté de mauvaise foi, a été annulé : Lyon 22 juil. 1846. S. 47. 2. 49.

On revient en effet aux principes généraux. On pourrait bien encore respecter dans la société la clause de partage inégal stipulée pour la communauté, mais au contraire toutes les règles propres du droit matrimonial céderaient devant le droit commun : ainsi, pas d'hypothèque légale, pas de droit de renonciation pour la femme.

Au surplus, les faux époux ne se sont pas nécessairement conformés à leurs conventions matrimoniales : ils ont pu entre eux y établir des dérogations soit expresses, soit tacites, qui, par l'annulation du mariage, deviendront valables : le contrat de mariage cesse rétroactivement de les régir, ils ont pu le répudier, ou mieux ils n'avaient pas à le répudier. La situation est alors la même qu'entre de purs concubins.

Droits des tiers. — Vis-à-vis des tiers, les obligations des époux ne sont pas douteuses. Ils sont tenus envers eux dans la mesure de l'obligation qu'ils ont assumée, et avec les conséquences que comportait leur régime, sur la foi duquel les tiers se reposaient. Il en sera ainsi même si le mari a agi seul, déclarant le faire comme chef de la communauté ; la femme sera engagée, car elle serait, comme lui, mal fondée à opposer la caducité des conventions matrimoniales à des tiers à qui elles s'imposaient pratiquement, qui souvent n'avaient pu contrôler la validité du mariage, ou étaient sans qualité pour la contester : elle leur a laissé croire que le mari tenait d'elle un pouvoir suffisant.

Les tiers sont encore intéressés par les conventions non matrimoniales passées à l'occasion du mariage

dans le contrat, et auxquelles ils ont participé. Celles de ces conventions qui ne constituent pas des donations : baux, ventes, sociétés, etc., bien que dépendant du mariage, ne peuvent être considérées rétroactivement comme de simples possibilités, non réalisées à cause de la défaillance de la condition. En effet, au regard des tiers, s'ils ignoraient et à plus forte raison s'ils connaissaient la nullité, le mariage quoique irrégulier, a existé, a fait vivre ces conventions au moins à l'état de fait, d'une façon analogue à celle dont se comporte la société de fait à défaut de régime matrimonial. Mais, comme ces conventions ne sont pas réservées exclusivement à des gens mariés, elles n'auront pas à subir une dégradation analogue à celle qui transforme la communauté conjugale en société de fait. Pour elles l'annulation du mariage sera ce qu'eût été une dissolution.

Donations. — Les donations faites en faveur du mariage à l'un des époux par l'autre ou par un tiers se trouvent anéanties, en observant les mêmes distinctions que pour le cas où le mariage reste à l'état de projet. La majorité des donations portées au contrat de mariage seront ainsi caduques. Quant à celles qui sont en dehors du contrat, elles pourront plus facilement être retenues, même si elles émanent du conjoint, parce qu'elles remplissent les conditions ordinaires de forme et n'ont pas pu porter sur des biens à venir (1). Ayant été faites par l'un des

1. Anal. Paris, 8 mars 1905. *Gaz. Pal.*, 05. 2. 10 : les donations

futurs époux à l'autre, si leurs termes n'en font pas une dépendance du mariage, s'il n'apparaît pas que celui-ci en ait été la cause déterminante (1), le gratifié pourra les conserver puisque, faites entre époux de mauvaise foi, elles sont, après l'annulation, comme entre étrangers.

Si elles avaient déjà été recueillies, le donateur aurait le droit de se faire rendre les biens qui en forment l'objet : la restitution des fruits elle-même lui serait due (art. 550, al. 2), car le bénéficiaire de la libéralité n'était pas sincère, et n'a été gratifié que grâce à l'erreur qu'il a su entretenir.

Règlement conventionnel. — Les époux ont un moyen de se prémunir contre les aléas d'une liquidation dont on ne peut tracer à l'avance les lignes d'une façon rigide : c'est de s'entendre et, avant l'annulation, de déposer dans une convention leurs volontés sur la manière de procéder à cette liquidation.

Ils ont toute latitude à cet égard, et l'existence de conventions matrimoniales protégées par l'immutabilité n'est pas un obstacle, car elles seront devenues sans force au moment où le règlement conventionnel recevra son exécution. Les prohibitions dressées par la loi contre la vente entre époux (art. 1595) n'ont aussi aucune prise sur les cessions ou dations en paie-

entre époux faites au cours de leur mariage ensuite annulé peuvent être maintenues, sauf en ce qui touche les biens à venir.

1. Un arrêt de Paris (1^{er} août 1818. S. chr. IV. 2. 408), l'annulation du mariage ayant eu lieu, prononce celle d'un legs universel dans lequel le testateur désignait le légataire comme son conjoint, legs qui du reste n'était que la confirmation d'une donation insérée au contrat de mariage.

ment qu'il contiendra souvent comme mode de remboursement par le mari des reprises de sa femme ; car l'annulation en vue de laquelle il intervient se produira rétroactivement et fera qu'il ait eu lieu entre personnes non mariées, c'est-à-dire libres de contracter entre elles.

La cour de Paris (1) s'est basée sur ces considérations pour maintenir une convention survenue dans de pareilles conditions. Mariés en 1886, deux époux avaient vu leur union annulée à la demande du mari le 25 juillet 1889 ; or le 30 novembre 1888, un acte avait été signé par eux, dans lequel le mari s'engageait à restituer les valeurs qui représentaient la dot de sa femme, et à lui attribuer certain immeuble mis à prix.

Le mariage annulé, il demanda la liquidation de la société ayant existé entre lui et sa femme suivant les règles de la communauté conjugale qui avait été acceptée par eux. Il attaquait la convention comme passée entre époux, et en outre comme partage entaché de lésion (art. 887), mais ce fut sans succès. Les termes de l'acte excluaient l'existence d'une vraie société, que l'arrêt nie formellement, et par suite les règles des partages ; de plus, dit le jugement (2), « en dehors de cet acte, la liquidation... ne pouvait même se faire autrement, V... étant tenu de rendre à sa femme les valeurs qu'il en avait reçues à titre de

1. 10 fév. 1892, précité. D. 92. 2. 493. Pand. fr., 93. 2. 137 et conclus. de M. l'av. génér. Jacomy.

2. Seine, 14 fév. 1891, *Ibid.*

mandataire, et sans pouvoir réclamer les effets du mariage putatif. »

On ne peut pas espérer que les époux auront toujours la sagesse, quand une cause de nullité est suspendue sur leur mariage, de fixer ainsi le montant et la conséquence de leur avoir respectif et les restitutions à opérer par le mari, ou de conclure une transaction sur ces objets : si un différend doit s'ouvrir à la suite de l'annulation, il y aura, durant le mariage déjà, désaccord rendant impossible la conclusion d'un pareil traité. Si la nullité doit être poursuivie non par un tiers, mais par l'un des époux qui avait été primitivement de connivence, celui-là obtiendra difficilement de l'autre un arrangement amiable, et réciproquement.

L'arrangement serait inutile, ne lierait pas les époux, si le mariage vaut comme putatif ; l'un d'eux au moins pourrait toujours le méconnaître pour s'en tenir aux conventions matrimoniales que la bonne foi a préservées, à moins qu'après l'annulation du mariage il n'y ait donné une adhésion nouvelle, ayant recouvré sa liberté. Mais ce qui nous intéresse, c'est le traité antérieur à l'annulation.

D'ailleurs, dans ces combinaisons préventives, il peut y avoir des dessous qu'il est important de découvrir. Dans l'affaire que nous avons relatée, la convention n'avait été consentie par le mari que dans le but d'obtenir l'abstention de sa femme dans l'action en nullité du mariage qui allait s'engager, en la menaçant de ne rien lui rendre si elle lui résistait ; aussi

prétendait-il que cette convention était viciée. L'argument, employé à faux par le mari, aurait mieux convenu à la femme, qui aurait pu en user si elle s'était crue frustrée.

CHAPITRE II

Efficacité des conventions matrimoniales dans un mariage putatif à l'égard des deux époux

Jusqu'au jugement d'annulation du mariage, les conventions matrimoniales ont agi normalement ; c'est lui qui, en admettant que le mariage a été contracté de bonne foi par les deux parties, permet de conserver pleinement tous ceux de ses effets qui s'étaient déjà produits dans le passé avec les suites qu'ils comportent, tout en le privant d'effets nouveaux pour l'avenir (1).

SECTION I

Mariage putatif à l'égard des deux époux. Effets civils du mariage quant aux conventions matrimoniales.

1. Il semble bien qu'il doive être statué par un même jugement sur la nullité du mariage et sur son caractère putatif si les intéressés avaient conclu en ce sens, le tribunal ne pouvant plus revenir sur sa décision pour ressusciter partiellement, sur une demande intentée ultérieurement, un acte qu'il a fait rentrer dans le néant. Cependant la jurisprudence ne rejette pas toujours la demande relative au caractère putatif, formée pos-

On ne saurait prendre à la lettre la formule trop absolue des articles 201 et 202, d'après lesquels le mariage contracté de bonne foi produit « les effets civils ». Ces effets ne peuvent être que ceux qui se sont déroulés jusqu'au jour où il a été annulé judiciairement, sans quoi cette annulation serait dépourvue de sanction. Pour les enfants la légitimité, irrévocablement acquise, se perpétue même dans l'avenir avec ses conséquences, c'est un état qui leur est reconnu une fois pour toutes ; mais notre remarque est rigoureusement exacte dans les rapports des époux entre eux, et notamment en ce qui concerne leurs conventions matrimoniales.

Ces conventions reçoivent leur entière exécution. Ce sont elles qui président à la liquidation des droits des époux, de la communauté si elle a existé entre eux. Leurs droits sur leurs biens personnels et sur la communauté sont fixés suivant l'état de choses existant au moment du jugement qui a prononcé l'annulation. L'article 1445, spécial à la séparation de biens, pour laquelle il décide que le jugement remonte quant à ses effets au jour de la demande, est ici sans application : il détermine le moment où cesse un régime matrimonial valablement établi, tandis qu'ici le con-

tériquement au jugement d'annulation par d'autres que les époux, et notamment par les enfants (Aix, 11 mai 1858. S. 59. 2. 17 ; D. 71. 5. 260). Agen, 14 juin 1890. S. 93. 2. 4 ; D. 91. 2. 153 et note de Loynes). Cette tendance est favorable aux enfants, qui le plus souvent n'ont pu obtenir ce bénéfice en intervenant au moment opportun. Elle n'est pas irréprochable. (V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des Personnes*, II, n° 1910.)

trat de mariage, ne subsistant, comme les autres effets, que par faveur pour la bonne foi, doit durer aussi longtemps qu'eux.

Avantages et donations. — Les avantages et donations que les époux s'étaient faits par contrat de mariage leur sont conservés, et ils les exercent à la même époque et aux mêmes conditions que si le mariage se prolongeait : ainsi les institutions contractuelles et gains de survie ne seront recueillis qu'au décès du conjoint.

Les donations qu'ils avaient reçues de la part des tiers leur sont conservées, qu'il s'agisse de biens présents ou de biens à venir, car on ne se trouve pas dans les termes de l'article 1088 : on doit corriger par l'article 201 les conséquences de l'annulation, qui devrait faire considérer le mariage nul comme n'ayant jamais existé.

Situation des tiers. — Le mariage putatif produit, à l'égard des tiers, les mêmes effets qu'un mariage valable. Par conséquent, l'hypothèque de la femme sur les immeubles du mari (art. 2121) leur sera opposable, et le mari comme la femme pourra se prévaloir du défaut d'autorisation pour faire annuler les actes qu'elle aurait contractés avec des tiers.

Par une juste réciprocité, il faut reconnaître aux tiers le droit de réclamer à leur profit les effets du mariage déclaré nul, mais putatif. Notamment, si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale, et que la femme eût contracté une obligation avec le concours de son mari, ils auraient

action non seulement sur les biens de la femme, mais aussi sur ceux de la communauté et du mari par conséquent. Il est vrai que la bonne foi s'observe chez les époux ; eux seuls peuvent en réclamer les avantages ; mais lorsqu'une fois ils l'ont alléguée et en ont obtenu la consécration judiciaire, la sentence rendue à l'autorité de la chose jugée vis-à-vis de tous comme l'aurait fait un jugement annulant purement et simplement le mariage (1). Les tiers seraient en état d'infériorité s'ils devaient attendre que les époux, leur union anéantie, prennent parti suivant la manière dont se dessinerait leur intérêt (2).

Tout en confessant que le doute est permis, on a soutenu l'avis contraire par la raison « que le mariage putatif ne produisant ses effets qu'à raison de la bonne foi, et celle-ci s'observant chez les époux, c'est seulement à leur profit qu'il doit produire ses conséquences, à moins que la loi n'en décide autrement ». D'après Beudant (3), le mariage putatif « ne produit pas les effets consistant dans des droits des tiers contre les époux. Par exemple, si les époux étaient mariés sous le régime de communauté, les tiers ne pourraient pas invoquer l'article 1419... En effet, la théorie du mariage putatif est une dérogation aux effets ordinaires de l'annulation ; or les articles 201 et 202 ne consacrent

1. Planiol, 2^e éd., III, n^o 428.

2. D'ailleurs nous avons admis que, même en cas de mauvaise foi des époux, les tiers, induits en erreur par les apparences de mariage et de conventions matrimoniales, pouvaient demander l'application de ces conventions à leurs rapports avec les époux. Il doit en être ainsi, et à plus forte raison, lorsque les époux eux-mêmes ont été trompés.

3. *L'Etat et la capacité des personnes*, I, n^o 292 *in fine*.

la dérogation qu'au profit des époux et des enfants : l'exception ne doit pas être étendue davantage. »

Somme toute, l'annulation agit à l'égal d'une dissolution, avec quelques particularités toutefois : le décès de l'un des époux ouvre en même temps sa succession ainsi que le droit aux donations et gains de survie au profit du conjoint ; le divorce, de son côté, entraînerait la révocation de tous les avantages stipulés au profit de l'époux coupable (art. 299), puisqu'aucun époux n'est coupable, aucun n'est passible d'une pareille peine. A tous autres points de vue, la liquidation se produit comme au cas de divorce : le mari a le délai d'un an pour la restitution de la dot consistant en une somme d'argent ou en meubles dont il est devenu propriétaire (art. 1565), mais il n'y aura pas lieu à la délivrance des droits de viduité attribués à la femme survivante (art. 1465 et 1570).

SECTION II

Mariage putatif à l'égard d'un seul époux

Quand un seul des époux peut se prévaloir de sa bonne foi, il en résulte une situation bizarre : « le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage », dit l'article 202. Cet époux a donc seul le droit d'exiger l'exécution des conventions matrimoniales.

Option laissée à l'époux de bonne foi. — Mais ces conventions ne peuvent lui être imposées, et il peut

les repousser si elles lui sont désavantageuses, pour demander la liquidation telle que nous l'avons vue dans le cas où l'annulation est pure et simple, sans égard à sa bonne foi. C'est la doctrine générale, admise sans discussion (1). Son option est d'ailleurs indivisible, et il ne peut que se conformer au contrat dans son entier ou le rejeter intégralement sans choisir les clauses qui lui seraient favorables.

Quand le mari est de bonne foi et se décide pour le partage de la communauté, si c'était le régime stipulé, la femme de mauvaise foi peut renoncer : c'est le contre-poids des pouvoirs très étendus dont le mari a joui comme chef de la communauté. Il ne peut faire supporter à la femme les conséquences d'une gestion dans laquelle elle ne pouvait s'immiscer, et nous ne comprenons pas que Laurent (2) conteste à la femme son droit de renonciation : il dit que vis-à-vis d'elle il n'y a pas communauté, mais simple société de fait.

Si au contraire le mari se prononce contre l'application des conventions matrimoniales, il est impossible d'accorder encore à la femme la faculté de renoncer :

1. Laurent, II, n° 513. — Aubry et Rau, I, § 40, p. 52 texte et note. — Rodière et Pont, I, n° 161. — Demolombe, III, n° 373. — Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville. *Tr. du contr. de mar.*, I, n° 101. L'option n'est autorisée nulle part textuellement ; mais elle est accordée par la majorité des auteurs : A vrai dire, la partie n'est pas si inégale entre les époux qu'on veut bien l'imaginer, car les conventions matrimoniales s'imposeraient à l'époux de mauvaise foi aussi bien qu'à l'autre, il est cependant en meilleure posture en ce sens qu'il a su ce qu'il faisait en se mariant et a pu faire adopter des clauses qui l'avantagent en cas de rupture prématurée de l'union par l'annulation toujours à craindre, tandis que l'autre traitait sans arrière-pensée.

2. II, n° 513.

il a sa source dans le régime matrimonial qui disparaît, et c'est une prérogative exorbitante qui ne peut plus exister au profit d'un communiste ou associé quelconque. Le mari a bien exercé en fait des pouvoirs extraordinaires, comme on le fait remarquer dans l'opinion contraire (1), mais la femme ne peut se plaindre qu'à elle-même d'avoir mis entre ses mains des armes aussi redoutables dans des conditions dont elle savait l'irrégularité.

Lorsque l'époux de bonne foi préfère ne pas se prévaloir des conventions matrimoniales, la liquidation a lieu sans avoir égard à celles-ci. Toutefois, même dans ce cas, l'époux de mauvaise foi a droit à la reprise de son apport ; cela a été jugé au profit d'une femme dont le mariage, contracté pendant la durée d'un premier non encore dissous, avait été annulé (2) ; et si c'est la femme qui est de bonne foi, elle doit pouvoir opposer aux tiers son hypothèque légale sur les biens du mari, et faire annuler pour défaut d'autorisation les engagements pris envers eux : l'hypothèque légale et la nécessité de l'autorisation sont des conséquences du mariage bien plus que du contrat de mariage.

Donations entre époux. — L'époux de bonne foi peut réclamer l'exécution des donations faites à son profit par son conjoint dans son contrat de mariage,

1. Duranton, II ; n° 371. — Aubry et Rau, V, § 460, p. 52. — Demolombe, III, n° 374.

2. Lyon, 22 juil. 1846. S. 47. 49.

mais l'époux de mauvaise foi n'y a aucun droit (1), alors même qu'elles auraient été stipulées réciproques. « Les différentes clauses d'un contrat sont véritablement, dit Demolombe (2), la cause et les conditions les unes des autres ; il y a là un caractère tout commutatif, c'est le *do ut des*. Au contraire la bienfaisance est la cause prédominante de toute libéralité ; cette cause suffit pour la maintenir, alors même qu'une autre libéralité, stipulée réciproque, ne serait pas accomplie. Les articles 299 et 300 me paraîtraient donc ici applicables. » C'est encore ce que dit Laurent (3) : prétendre que l'une tombant, l'autre doit tomber, ce serait altérer l'essence des donations : « Elles se forment non par calcul, mais par esprit de bienfaisance et de libéralité. »

En fait, la scission n'est pas aussi nette entre conventions matrimoniales et donations d'un époux à l'autre. Celles-ci avaient pu être considérées comme un correctif de celles-là, dont on n'entendait pas les séparer : mais elles conservent leur nature de donations, dont on argumente pour pouvoir les envisager isolément : isolément par rapport aux conventions matrimoniales d'abord, pour maintenir celles faites à l'époux de bonne foi quand même il renoncerait à ces conditions ; et isolément entre elles, pour maintenir l'une seulement de deux donations stipulées réciproques.

1. Paris, 1^{er} août 1818. S. chr. V. 2. 408.

2. III, n° 376.

3. II, n° 513. Dans le même sens Aubry et Rau, V, § 460, p. 53.

Donations faites par des tiers. — Si le contrat renfermait des donations faites par des tiers aux époux, on ne peut en fixer le sort en termes très affirmatifs. Il est certain que celles qui étaient adressées à l'époux de bonne foi lui restent acquises comme effet civil du mariage, quelque parti qu'il prenne sur l'application des conventions matrimoniales dans ses rapports avec son conjoint de mauvaise foi.

Vis-à-vis de celui-ci, il faut distinguer. Les donations de biens présents et à venir, sont présumées faites au profit des enfants et descendants à naître du mariage du donataire (art. 1082, al. 2 et art. 1089). Or ces enfants, à la différence de leur auteur, peuvent réclamer les effets civils du mariage, parmi lesquels le bénéfice de ces donations. Cependant ce bénéfice ne peut pas passer par l'intermédiaire de l'époux donataire qui n'y a aucun droit, qui doit même restituer les biens si la donation a produit effet en sa faveur. On doit donc l'attribuer directement aux enfants à naître du mariage (1). Il est vrai qu'ils sont rarement institués ainsi à titre principal, et la plupart des auteurs prétendent qu'ils ne peuvent venir à la libéralité que comme substitués, mais il y a ici une situation exceptionnelle, qui est la suite de la division voulue par la loi (art. 202) entre les effets du mariage. Ainsi les donations de biens à venir ou de

1. *Contra* : Planiol, 2^e éd. III, n^o 3173.

2. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. *Des personnes*, II, n^o 1935 : suivant Aubry et Rau, les donations subsistent en faveur de l'époux de mauvaise foi.

biens présents et à venir ne subsistent qu'autant qu'il y a des enfants du mariage pour les recueillir ; autrement elles sont caduques.

Au sujet des donations de biens présents il y a controverse. Ces donations, étant en faveur de mariage ne sont pas révocables pour ingratitude (art. 959) parce qu'elles sont destinées, en même temps qu'au donataire, à son conjoint et surtout aux enfants à naître du mariage, en un mot à l'établissement qui résulte du mariage. Le conjoint de bonne foi et les enfants ne devraient donc pas en être privés, disent certains auteurs (1). Dans ce système il faudrait aussi réserver les donations de biens à venir au conjoint non donataire de bonne foi lui-même, s'il n'y a pas d'enfants.

L'opinion contraire semble préférable (2). Ces donations doivent bien en fait profiter aux conjoints et aux enfants, mais il n'y a pas ici de présomption analogue à celle de l'article 1082. Les enfants ne sont pas personnellement donataires, et on ne peut faire passer la libéralité directement sur leur tête, il faudrait d'abord l'accorder à l'époux donataire qui n'en est pas digne (art. 1088). On peut toutefois la conserver pour le temps écoulé et quant à la jouissance seulement ; mais pour l'avenir elle est perdue : le ménage tout entier en profitait puisqu'elle augmentait son aisance, mais

1. Aubry et Rau, II § 460, p. 53, texte et note 21. — Demolombe, I, n° 382, qui cite des opinions intermédiaires peu satisfaisantes. — Huc, II, n° 168.

2. Laurent, II, n° 514. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II, n° 1936.

les enfants n'avaient sur les biens mêmes qu'un droit de succession, droit éventuel ; quant au conjoint, il perd, d'après l'opinion générale, jusqu'à ce droit de succession vis-à-vis du donataire.

Ce que nous disons des donations de biens présents serait exact aussi pour les donations de biens à venir que leur auteur aurait indiqué expressément vouloir réserver à l'époux à l'exclusion des enfants, comme il peut certainement le faire, l'art. 1082 ne renfermant qu'une présomption de volonté.

CHAPITRE III

Difficultés particulières au cas de bigamie

Lorsque c'est pour cause de bigamie que le mariage est annulé, il peut se produire des complications au milieu desquelles on a peine, si l'on veut observer avec intransigeance des principes adaptés surtout aux hypothèses simples, à aplanir les conflits qui peuvent diviser les différents ayants-droit.

Un tel conflit ne surgira pas lorsque les liens du premier mariage, qui empêchent l'autre d'être valable, étaient relâchés par une séparation de corps, comme nous en avons vu un exemple (1) ; car la séparation de corps a restitué à la femme le plein exercice de sa capacité civile et a rendu nécessaire une liquidation de reprises, grâce à laquelle les droits de chaque époux sont devenus indépendants.

Des contestations ne pourront être provoquées, même dans ce cas, que s'il y a des enfants issus du premier mariage : ils interviendront pour défendre leurs droits dans la succession de leur ascendant

1. Paris, 8 mars 1905. *Gaz. Pal.*, 05. 2. 10, cité Sect. I, § 2.

bigame : et par exemple, si son conjoint, non admis au bénéfice du mariage putatif, entend reprendre ses apports, ils pourront contester la sincérité de ceux-ci et prouver qu'ils ne cachent qu'une donation déguisée, devenue caduque (1).

Mais, si le premier mariage subsistait dans toute sa force, l'époux bigame se trouve avoir concédé sur ses biens des droits plus ou moins étendus à chacun de ses conjoints suivant le régime matrimonial adopté. Il faudra, à un moment donné, choisir entre les deux si l'on ne peut donner à chacun ce qui lui revient.

Le problème n'est pas nouveau, et, si la loi du 17 août 1897 semble devoir prévenir les cas de bigamie, la jurisprudence n'a pas cessé d'en enregistrer depuis l'apparition du Code civil. Il n'en était pas autrement dans l'ancienne jurisprudence, alors que les moyens de publicité étaient moins parfaits, et nous y trouvons relatée l'histoire invraisemblable d'un individu qui avait à la fois trois épouses vivantes. L'espèce fut jugée en 1584 et la solution, citée par Charondas (2), nous a été depuis transmise par les auteurs.

Un mari, père de deux enfants, abandonne sa famille, se remarie au loin sous un autre nom. De cette nouvelle union lui naît un autre fils. Il se dirige sur un autre pays, où il contracte un troisième mariage et acquiert une fortune assez considérable ; mais la crainte l'emporte vers un asile nouveau où il meurt,

1. Poitiers, 16 juil. 1846, S. 46. 2. 526, D. 46. 2. 195.

2. Livre VII, réponse 7.

après avoir laissé un testament par lequel il lègue ses biens à ses divers enfants, ordonnant que son décès soit annoncé à leurs mères respectives, mais en évitant de se dire le mari d'aucune. Peu après lui, est décédée sa première femme. Les enfants de celle-ci, en son nom, disputent la succession aux deux femmes nouvelles dont le mariage est nul, mais qui excipent de leur bonne foi pour réclamer la moitié des biens qu'elles ont acquis et ménagés avec l'homme par elles regardé comme leur légitime mari, et à leurs enfants qui, comme bâtards, sont incapables de succéder.

L'arrêt attribue aux enfants du premier lit, comme héritiers de leur mère, la moitié de tous les biens que comprenait la communauté à l'époque du second mariage, et à chacune des femmes la moitié des meubles et conquêts faits pendant leur collaboration, et les enfants reçoivent, à titre de succession, la part du mari dans chacune de ces trois communautés. Cela revient à effectuer la liquidation comme s'il s'agissait de plusieurs sociétés contractées entre personnes étrangères, et dont la durée serait déterminée par la cohabitation du mari avec chaque femme. Ce système est approuvé par des auteurs déjà anciens (1).

On ne peut faire fonds sur une pareille décision :

1. Vazeille, I, n° 285, suivant le *Nouveau Denisart*, V° Bonne foi des contractants, III, n° 3, § 3, p. 614. — Toullier, I, nos 603, 665. — Duranton, II, n° 373.

comme on l'a fait remarquer (1), elle porte sur des faits antérieurs à la formation de la coutume, qui remontent à une époque où, aucun texte ne donnant à la femme roturière le droit de renoncer à la communauté, celle-ci pouvait, dans un cas extraordinaire, la coutume elle-même n'enchaînant pas le juge aussi étroitement que des lois codifiées, être considérée comme une de ces *communautés taisibles entre compaings*, qui se formaient par la cohabitation et la confusion des biens pendant l'an et jour. De plus, les droits reconnus aux divers plaideurs semblent bien être ceux auxquels tendaient leurs conclusions, qui ainsi limitaient l'examen judiciaire.

SECTION I

Doctrine.

L'examen détaillé d'une telle hypothèse serait de la pure casuistique et il n'appartient qu'aux tribunaux de parer à de pareilles situations, pour lesquelles les principes les mieux établis par le législateur se trouvent en défaut, en s'inspirant de l'équité et des circonstances spéciales de chaque cause.

Il nous suffit de prévoir le cas de bigamie simple, mais pour celui-là même, le système de l'arrêt pêche dans son principe et ne serait plus de mise aujourd'hui, car il fait tort aux femmes putatives en les traitant comme simples associées de leur mari, au lieu de

1. Coin-Delisle, Examen doctrinal, *Rev. crit.*, 1854, p. 216-230.

les assimiler à la femme légitime à raison de leur bonne foi ; il fait tort surtout à la femme légitime, en arrêtant les effets de la communauté au jour de la formation du premier mariage putatif, bien qu'elle ait duré autant que le mariage. Si la communauté avait donné des bénéfices dans la première partie et des pertes dans la seconde, la femme ne pourrait limiter son acceptation à la période avantageuse et répudier pour le surplus ; si l'inverse se produit, ou si la communauté a continué d'être prospère depuis le second mariage, son acceptation doit lui donner droit aux conquêts réalisés durant cette période comme aux autres.

Marcadé, le premier, critiqua la méthode, et proposa un autre mode de liquidation (1). En prenant deux femmes mariées au même individu sous le régime de de communauté, et pouvant s'en prévaloir, l'une comme épouse véritable, l'autre à raison de sa bonne foi, il attribue à la femme légitime la moitié ou toute autre fraction déterminée par son contrat de mariage dans le fonds commun, diminuée seulement de la mise de la deuxième femme et des bénéfices en résultant. A son égard, cette mise est comme un apport effectué au mari en vue d'une opération commune, par un tiers qui, à la dissolution de la société,

1. V. Marcadé, article 202 n° 700. Il ne donne pas son système comme infaillible : « Il ne serait guère possible de tracer d'avance des règles invariables sur cette circonstance qui met en conflit plusieurs contrats de mariage à la fois. On devra donc, avant tout, consulter les différentes stipulations qui auraient pu être faites et dans le silence de la loi, appliquer à ces difficultés la solution la plus équitable d'après les faits et les circonstances... » Nous approuvons cette réserve.

reprendrait son bien ou l'équivalent. Il est attribué à la femme putative la moitié de tous les acquêts existant à la dissolution de la communauté, avec faculté de toucher sur les biens du mari à titre d'indemnité la portion que la communauté, absorbée par la première femme, ne peut lui procurer (1).

Demolombe (2) donne à suivre une marche analogue. Il semble bien, comme Marcadé, ne prévoir pour le calcul des droits du conjoint putatif aucune déduction des droits éventuels dans la communauté, sur lesquels l'époux légitime était en droit de compter, et que l'époux bigame, en l'abandonnant, est allé verser dans la seconde communauté.

1. Voici l'exemple par lequel Marcadé appuie son système. Un mari, à la tête d'un actif commun de 60.000 francs, épouse une deuxième femme, qui lui apporte 40.000 francs. Il réalise ensuite un bénéfice de 10.000 francs et décède laissant une communauté de 110.000 francs. La part de la femme légitime s'obtient en retranchant de la masse les 40.000 francs, apport de la seconde femme, et une part proportionnelle à cet apport, soit 4.000. Reste 66.000 francs dont la moitié, soit 33.000 francs, revient à la femme légitime.

Quant à la femme putative, sa part est de moitié du montant total de la communauté, soit 55.000 francs. Mais, après le paiement fait à la femme légitime, il n'y a plus dans la masse que 77.000 francs, et par conséquent 38.500 francs à la disposition de la femme putative. Elle sera donc en perte de 16.500 francs. Afin de la remplir de ce déficit, elle aura un recours de pareille somme sur les biens du mari.

Sans changer la quotité attribuée à chaque femme, il nous semblerait plus simple et aussi plus exact, la communauté ayant été divisée une première fois

($\frac{66.000}{2}$ puis $\frac{11.000}{2}$), sans partager encore le reliquat de

77.000 francs, de dire que, la première femme ayant absorbé 33.000 francs, il ne reste plus à la seconde à prendre sur les 55.000 francs, que 22.000 francs ; l'excédent à recouvrer sur la part du mari dans les biens communs, c'est-à-dire sur les seconds 55.000 francs, est de 33.000 francs et non de 16.500 francs.

2. III, n° 377.

Déduction des valeurs provenant de la première femme pour calculer les droits de la seconde. — En cela il s'écarte de l'opinion d'Aubry et Rau (1). Ceux-ci règlent encore les droits de la première femme en lui faisant simplement subir la déduction des reprises de la seconde et d'une part proportionnelle à ses apports dans les acquêts faits depuis le second mariage. Quant à la seconde femme, si elle est de bonne foi, elle prendra bien la moitié de la communauté fixée au jour de l'annulation ou de la dissolution de son mariage, mais diminuée « des droits de la première femme, fictivement liquidés au jour de la célébration de ce mariage, et d'une part proportionnelle à ces droits dans les acquêts faits depuis cette époque. » Ses droits sur le fonds commun détenu par le mari au moment de la célébration du deuxième mariage « constituent tout au moins un passif à la charge de ce dernier, passif dont il faut nécessairement tenir compte pour fixer le montant réel de son apport dans la communauté formée par suite de ce mariage ». En calculant ainsi, elle recevra, dans l'exemple cité par Marcadé, environ 40.000 francs au lieu de 55.000.

La remarque semble fondée et, puisque la femme putative n'accroît pas de son apport et des bénéfices correspondants la communauté primitive, elle ne devrait pas prendre sa part entière dans des biens que

1. 2^e éd. IV, p. 49, texte et note 23. — MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade défendent un système analogue : *Des Personnes*, II, n^{os} 1930-1932.

le mari détenait au début de leur communauté, dont il n'a pu la faire bénéficier pour le tout, car sa première femme avait sur eux des droits égaux.

Cependant on peut faire valoir des arguments très forts en sens inverse. La femme putative ignorait, en se mariant, l'existence de la première femme : elle pouvait craindre de trouver quelques dettes dans le patrimoine de son mari, dettes auxquelles son régime matrimonial devait l'associer, mais elle ne devait pas s'attendre à rencontrer un passif consistant dans les droits d'une autre femme sur la même communauté, ou bien cette appréhension la constituait en état de mauvaise foi. Les valeurs dont il s'agit seraient tombées dans la communauté de la première femme si elles avaient existé lors de la célébration du mariage légitime. Lors du second mariage, le mari, s'il n'en était pas le propriétaire exclusif, en avait la libre disposition, même pour en faire donation à titre particulier si c'étaient des meubles (art. 1422) ; les droits de sa femme, n'étaient qu'éventuels, soumis à de nombreuses causes de dépérissement ; si à tout moment de la communauté ces droits existent et peuvent être calculés virtuellement, ils ne deviennent fermes, définitifs, et ne peuvent être liquidés que lors de la dissolution de la communauté.

Néanmoins nous conservons des doutes, car, si vastes que soient les pouvoirs du mari chef de la communauté, ils seraient excessifs s'il pouvait les faire servir à ses fantaisies matrimoniales, et porter dans un autre ménage, illicite celui-là, l'actif appartenant

au premier. Si la première communauté, très prospère au moment où a commencé la deuxième, n'a fait depuis lors qu'essuyer des pertes, comment recevoir la femme putative à recueillir la moitié de l'actif subsistant au décès du mari ? La communauté putative ne peut commencer qu'au jour du mariage putatif.

SECTION II

Jurisprudence.

La Cour de Bordeaux (1), devant laquelle furent débattues, à l'occasion du décès d'un bigame, les prétentions de ses deux femmes, a pu s'abstenir de trancher la question des apports, mais elle a touché quelques points intéressants.

Un sieur Lamaud, réfractaire à la conscription, avait épousé Antonia Martinez en Espagne le 1^{er} janvier 1815. Après l'avoir abandonnée, il passa en Amérique et s'établit à la Havane, où il contracta en 1821 un mariage apparent avec Claudia Arguelles. Après fortune faite, il revint avec sa seconde femme en France en 1832, fit diverses acquisitions aux environs de Périgueux, et mourut en 1837, sans héritier à réserve, laissant Claudia Arguelles pour légataire universelle. Elle était en possession depuis dix ans, et

1. 18 mai 1852. S. 52. 2. 609. D. 53. 2. 228. Cet arrêt et les questions qu'il soulève ont été le thème d'une longue dissertation, de M. Coin-Delisle, publiée dans la *Rev. crit.*, 1854, p. 216 230. Ils ont été repris accessoirement par M. Schœffer dans une *Etude sur les seconds mariages*, parue dans la même revue, notamment : 1880, p. 18 et suiv.

remariée à un sieur Labrousse, quand Antonia Martinez l'assigna en délaissement de tous les biens de la communauté ; mais elle excipa de sa bonne foi et prétendit qu'une communauté spéciale avait existé entre elle et son mari, et réclama moitié de cette communauté comme copartageante, et l'autre moitié, celle du mari, comme légataire universelle.

Comme tous les biens avaient été acquis au cours de la deuxième communauté, voici comment procéda le tribunal de Périgueux. Chaque femme était commune en biens à défaut du contrat, d'après le droit commun des pays où elles avaient contracté mariage, l'une depuis 1815, l'autre à partir de 1821. De la communauté Arguelles-Lamaud, moitié revenait à la dame Arguelles, et moitié à Lamaud, mais cette dernière portion, entrant dans la communauté Martinez-Lamaud, se divisait de nouveau entre la dame Martinez et la dame Arguelles en sa qualité de légataire universelle de Lamaud de sorte que celle-ci retirait les trois quarts de la succession. C'était, sans revenir aux errements de l'arrêt de 1584, suivant lesquels on aurait complètement dépouillé la première femme, adopter l'ordre inverse de celui qui est recommandé par les auteurs, et qui est le seul logique.

Aussi la décision fut-elle réformée. La Cour déclare que la communauté d'Antonia Martinez avec Lamaud embrasse toute la durée du mariage et comprend les biens acquis depuis le second mariage comme ceux qui l'avaient été auparavant ; « ...que si le mariage de Claudia Arguelles doit, quoique radicalement nul,

produire quant à elle des effets, c'est un dédommagement, une sorte de faveur que la loi lui accorde par égard pour sa bonne foi, mais que ce dédommagement ne saurait, alors surtout qu'elle peut s'indemniser complètement sur les biens du mari, porter atteinte aux droits de la femme légitime ; qu'en attribuant à Claudia Arguelles la moitié des acquêts et le quart seulement à la première femme, les premiers juges lui ont accordé une sorte de privilège... ; que c'est au contraire le droit de la première femme qui, dans le concours, doit prévaloir, soit parce qu'il est antérieur, soit parce qu'il prend sa source dans un mariage régulier, et que la première épouse ne peut souffrir du crime du mari ni de l'erreur de la seconde femme ».

Elle proteste ensuite contre l'assimilation de la seconde communauté à une société civile formée dans le cours de la première communauté, société qui ne comporterait pas d'option pour la femme : « elle n'est associée du mari qu'en tant que femme et comme commune en biens. » La première femme a aussi un droit d'option, et qui s'étend à toute la durée de la communauté : en la répudiant parce qu'elle accuse un déficit pour la période dont elle a été exclue en fait, elle renonce à l'ensemble ; elle doit pareillement, en acceptant, participer aux bénéfices faits même depuis le second mariage.

La seconde femme ne saurait prétendre que la moitié des acquêts faits depuis son mariage lui appartient comme étant le fruit de sa collaboration ; c'est une fiction que la première femme pourrait également

invoquer, les acquêts faits pendant la communauté étant toujours réputés le fruit de la collaboration des époux, quelle que soit la part que chacun d'eux y a prise en réalité.

En attribuant la moitié de tous les acquêts à la première femme, on ne frustre pas la seconde, puisqu'elle recevra tout de même une moitié, mais à titre d'indemnité, de la part des héritiers du mari qui l'a trompée. En la circonstance, elle-même en pâtit, étant légataire universelle du mari ; mais, prenant sa place, elle ne peut avoir plus de droits que lui. Or il perd sa part dans la communauté, et c'est « la peine et la juste conséquence de la faute qu'il a commise... A supposer même que la communauté qui s'est formée entre elle (Claudia Arguelles) et Lamaud dût être considérée, respectivement au premier mariage, comme une société civile, Antonia Martinez n'en devrait pas moins prendre la moitié des acquêts, soit en vertu du droit qui lui appartiendrait toujours comme commune en biens avec son mari, soit à titre de dommages-intérêts, et pour la réparation du préjudice matériel et moral que lui auraient fait éprouver le second mariage de Jean Lamaud et l'abandon dans lequel il l'a laissée ».

En conséquence la Cour ordonne que tous les biens acquis pendant le mariage de Jean Lamaud avec Claudia Arguelles et jusqu'au décès dudit Lamaud, seront attribués par moitié à l'épouse légitime et par moitié à la seconde femme, à charge par elles de contribuer dans la même proportion au paiement des dettes, s'il en existe.

SECTION III

Discussion.

Cet arrêt renferme en grande partie l'application des principes que nous avons exposés : le fait du deuxième mariage du bigame ne peut en rien diminuer les droits de communauté de la femme légitime ; — la seconde épouse a un vrai droit de communauté, et non pas un simple droit d'associée de fait.

Action en dommages-intérêts ouverte aux conjoints du bigame. — Les deux femmes peuvent-elles avoir, outre leurs droits de communauté, une action en dommages-intérêts contre le bigame ?

Pour la première femme, c'est douteux : l'arrêt, en lui attribuant la moitié des acquêts, dit qu'elle la prendrait pareillement si la deuxième communauté devait être considérée, relativement au premier mariage, comme une société civile, et cela, soit comme commune en biens, soit « à titre de dommages-intérêts et pour la réparation du préjudice matériel et moral que lui auraient fait éprouver le second mariage de Jean Lamaud et l'abandon dans lequel il l'a laissée. »

Il n'est pas discutable qu'elle ait été atteinte moralement par l'injure qui lui a été faite, et par la privation de son foyer familial. N'exagérons pas toutefois l'importance de la réparation qui est due : elle doit

passer ici au second plan, et n'être allouée que si chaque épouse peut recevoir d'abord ce à quoi lui donne droit son régime matrimonial ; encore ne faut-il pas surcharger la succession du bigame d'indemnités, qui seront supportées par ses enfants s'il y en a pour recueillir cette succession,

Quant au préjudice matériel provenant de l'établissement d'une deuxième communauté, il n'existe pas si on liquide la première sans s'en occuper autrement que pour distraire de celle-ci les apports de la femme putative, et une part proportionnelle des bénéfices, bien que cette part ne puisse forcément être déterminée que d'une façon approximative.

Pour la deuxième femme, l'allocation de dommages-intérêts semble plus justifiée. Moralement, après avoir servi d'instrument involontaire au crime du bigame, au lieu d'avoir un soutien qui l'aide à supporter les charges de la vie et de la famille, elle est privée de ses affections conjugales, dénuée de secours et abandonnée à ses seules forces ; un nouvel établissement lui sera difficile (1). Mais ces raisons ne se comprennent que lorsque l'annulation de son mariage est provoquée avant le décès du mari ; autrement l'annulation n'agit, grâce à sa bonne foi, que comme une dissolution.

Le dommage matériel qu'elle éprouve est plus considérable : pour avoir épousé un homme marié, elle risque de ne pas avoir dans la communauté la part

1. Rennes, 29 juil. 1826 et Cass., 18 août 1829. S. chr. IX. 1,358.

qu'elle avait escomptée, puisque la femme légitime doit être désintéressée la première. Il faut donc qu'elle puisse se retourner contre le mari, qui est responsable de sa situation ; elle prendra sur ses biens personnels, sur sa part de communauté, ce qui lui manquera, avec la garantie de son hypothèque légale.

Redressement des conventions matrimoniales en faveur du conjoint de bonne foi du bigame. — Mais en outre, si se mariant sans contrat, elle a fait entrer dans la communauté une mise importante, ou si elle a par contrat ameubli des immeubles ou formé une communauté universelle, c'est parce qu'elle a été trompée. On a dit qu'elle pourrait par suite attaquer ses conventions matrimoniales pour cause d'erreur, pour les faire rectifier suivant l'équité. « L'examen de ces conventions démontrera en quoi elles doivent être modifiées (1). » Elles ne peuvent être attaquées dans leur ensemble, le mariage produisant ses effets civils, mais comme il faut une base au règlement des intérêts, que cette base ne peut être la séparation de biens, le mari ayant eu en fait l'administration et le profit des biens de sa seconde femme, le remède serait, dans les cas ordinaires, de ramener ses conventions matrimoniales à une communauté d'acquêts, ce qui non seulement lui permettrait, en acceptant, de prendre sa part sur les biens personnels de celui qu'elle croyait son mari, mais lui fournirait,

1. Coin-Delisle *Rev. crit.* 1854. Examen doctrinal, p. 216-230. — V. aussi Schœffer *Rev. crit.* 1880, p. 24 et suiv.

soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, les moyens de reprendre ses apports avant que la femme légitime ne prélève ses droits sur la communauté. La demande en nullité des clauses préjudiciables serait ouverte pendant dix ans à partir de la découverte de l'erreur ; ajoutons que ces dix ans ne pourraient compter au plutôt que du jour de l'annulation du mariage, la prescription ne courant pas entre époux, même putatifs.

Cette solution serait assez plausible à l'égard de la seconde femme, surtout dans le système d'Aubry et Rau, si elle a fait des apports importants qui seront compris dans le partage, tandis que les biens apportés en apparence par le mari n'y figureront que sous déduction des droits de la première femme. Elle corrigerait ce système en empêchant le mari de prendre part aux biens apportés par la femme putative alors que son apport personnel n'a été réalisé que pour partie.

Mais l'action en nullité, ou en rectification du contrat de mariage nous étonne ; on ne prévoit jamais d'action de ce genre au profit de celui qui s'est trompé sur l'importance des apports de son conjoint. En tous cas, pour qu'elle réussisse, il faudrait prouver que la disproportion d'apports eût empêché la conclusion du contrat si elle avait été connue (art. 1110, al. 1). Au surplus, ce n'est pas une erreur, mais une lésion qu'on invoque, vice qui n'est pas en principe une cause de nullité (art. 1118). Rien enfin n'autorise à remplacer le régime matrimonial stipulé, et qu'on

suppose précisément être le régime de droit commun, appelé à ce rôle subsidiaire dans les cas d'annulation, par un autre régime qui pourra varier suivant les circonstances : la balance ne peut pas être rétablie sûrement entre les clauses du contrat.

Quant à permettre à la femme putative, comme l'opinion générale permet à toute personne ayant contracté de bonne foi un mariage nul avec une personne de mauvaise foi, de substituer pour la liquidation une société de fait à la communauté résultant de ses conventions matrimoniales, c'est un procédé qui rencontrerait ici bien des objections ; il ne devrait pas du moins préjudicier aux droits de la première femme (1).

Priorité accordée à la première femme. — L'arrêt de Bordeaux ne cantonne pas très exactement les droits de la deuxième femme, parce qu'elle réunissait les deux qualités de femme commune et de légataire universelle, tenant la place du mari. Son mariage nul produit quant à elle des effets civils, c'est une faveur méritée par sa bonne foi, un dédommagement, mais qui « ne saurait, alors surtout qu'elle peut s'indemniser complètement sur les biens de son mari, porter atteinte aux droits de la femme légitime ». La moitié de la communauté lui est attribuée à titre de pur dédommagement, mais il est dit qu'elle ne saurait revendiquer la moitié des acquêts faits pendant

1. M. Schœffer, dans l'article précité (*Rev. crit.*, 1880, p. 30) le rejette sans restriction.

sa collaboration. Il serait plus juste de dire qu'elle ne peut la revendiquer que lorsque la première femme est remplie de ses droits. Toutes deux sont communes, mais cette dernière a un droit de priorité.

Aurait-elle encore la préférence en ce qui concerne les reprises ? Pour celles qui ont lieu en nature, chaque femme les exerce sur ses biens propres ou sur les biens acquis en remploi. Pour les reprises mobilières, on fait une distinction (1).

S'exercent-elles sur la masse commune : la femme légitime primera la femme putative, qui sera tenue de se contenter des valeurs non encore absorbées. « C'est le droit de la première femme, dit la Cour de Bordeaux, qui, dans le concours, doit prévaloir, soit parce qu'il est antérieur, soit parce qu'il a sa source dans un mariage régulier... » S'exercent-elles sur les biens personnels du mari : La femme légitime, ne pouvant invoquer aucune cause de préférence à l'encontre de la femme putative, et le patrimoine du mari étant le gage commun de tous ses créanciers, de la seconde femme par conséquent aussi bien que de la première, elles seront payées, soit entre elles, soit avec les autres créanciers du mari, au prorata de leurs droits respectifs.

Le droit de préférence de la première femme, même sur les seuls biens de la communauté, nous semble difficile à appliquer lorsqu'il y aura des créan-

1. Schœffer, *Rev. crit.*, 1880, p. 31.

ciers. Entre elles et vis-à-vis du mari (1), les deux épouses sont propriétaires, et l'on comprendrait que leurs prélèvements aient lieu par ordre d'ancienneté. Au regard des créanciers, au contraire, elles ne peuvent venir qu'au marc le franc, et si chacune se présente à la distribution, elle recevra également un dividende. On ne peut songer à réunir le montant de leurs reprises pour affecter tout le dividende correspondant à la femme légitime tout d'abord, jusqu'à due concurrence ; car, les créanciers de la communauté étant à la fois ceux du mari, les deux patrimoines se trouveront insuffisants, et le prix en provenant sera mis en distribution en même temps, de sorte que la deuxième femme, n'arrivant pas en rang utile sur les biens de la communauté, pourrait encore être sans recours sur les biens personnels du mari.

Cependant, si le mari a des immeubles sur lesquels les reprises mobilières des deux femmes soient garanties par hypothèque légale, l'épouse légitime passera la première, quand même ses reprises ne seraient pas les plus anciennes, ce qui sera rare, à moins que le mari n'ait mené de front ses deux ménages d'une façon effective : l'hypothèque légale de la première femme est née, au moins en germe, avant celle de la seconde, et comme les hypothèques sont opposables aux tiers, l'affaire se règle exclusivement entre les deux épouses.

Droits des enfants de chaque mariage. — Dans une

1. Planiol, 2^e éd., III, n^o 1278.

situation aussi irrégulière, nous n'avons pas encore tout envisagé. Nous avons supposé des mariages sans enfants, ce qui a permis de donner à la femme putative sur les biens personnels du mari tout ou partie de sa part de communauté quand elle ne pouvait l'avoir autrement. Mais cela diminue d'autant la succession du mari et les droits des enfants légitimes ou putatifs. Ils héritent des charges de leur père en même temps que de son actif; leur position n'est pas favorisée, car ils peuvent être réduits à ne recueillir ainsi que peu de chose.

Existe-t-il des enfants de chaque mariage, leurs parts dans la succession du bigame sont égales, et ceux qui sont issus du premier eux-mêmes doivent parfaire les droits de la seconde épouse, qui ne leur est rien. Nous ne pouvons pas, comme fait l'arrêt de 1584, fractionner la communauté et la succession en périodes limitées à la durée de la cohabitation avec chaque femme, pour ne donner aux enfants nés pendant chacune de ces périodes que les acquêts qui en proviennent,

Ce serait le lieu de se rappeler l'article 1094 qui réduit les droits de la seconde femme au profit des enfants d'un premier lit : il n'a certes pas été écrit en prévision de ce cas, ses motifs ont cependant ici toute leur énergie. Et pourtant la femme putative ne peut être sacrifiée; elle a ignoré le mariage dont la descendance faisait obstacle au respect de ses conventions matrimoniales.

Bigame de bonne foi. — La liquidation tripartite,

telle que nous l'avons esquissée, est basée quant au second mariage sur la bonne foi de l'épouse. On n' imagine guère que l'époux bigame puisse aussi être de bonne foi ; en tous cas cela ne doit pas être admis facilement. Pothier (1) cependant cite l'exemple d'une femme qui, après que son mari a été vu couché parmi les morts le jour d'une bataille, et sur la délivrance d'un certificat de décès signé par le major du régiment, se serait remariée. Une espèce tout à fait semblable a été jugée par la Cour de cassation (2) : aucun certificat ne constatait le décès, c'était en l'an VII, avant le Code civil ; mais le bruit s'en était répandu à l'armée, et deux mois après, la femme se remariait. L'enfant qui naquit du mariage fut reconnu légitime, mais les droits pécuniaires respectifs des époux n'étaient pas en jeu, et nous ne voyons pas de quelle manière on aurait pu tous les satisfaire sans trop d'arbitraire.

Si à l'inverse, aucun époux de la seconde union n'était de bonne foi, il serait trop avantageux au complice du bigame de lui appliquer invariablement les règles des sociétés de fait : tout au plus pourrait-on lui laisser reprendre ses apports, à supposer qu'il n'eût pas reçu du bigame sous une forme quelconque des valeurs équivalentes.

Régimes différents stipulés pour les deux mariages du bigame. — Nous nous arrêtons là dans l'étude des cas de bigamie, qui sont heureusement des excep-

1. *Tr. du Cont. de mar.*, n° 437.

2. 21 mai 1810. *S. chr.*, III. 1.186.

tions, et dont les détails peuvent varier à l'infini en suscitant des difficultés nouvelles.

Le seul cas qui nous soit passé sous les yeux, qui est aussi le plus important, de deux communautés concomitantes au moins pour partie, laisse deviner les questions du même genre qui se poseraient s'il s'agissait de deux ou plusieurs régimes différents.

Mais, plus on s'éloigne de la communauté, plus le conflit est simplifié : sous le régime sans communauté, le mari infidèle continuera à toucher les revenus de sa première femme et pourra les apporter à un nouveau ménage ; elle lui a laissé l'administration et la jouissance de ses biens, à charge il est vrai, de subvenir aux besoins de la famille.

Sous le régime de la séparation de biens, chaque époux conserve ses biens propres et peut en faire l'usage qui lui plaît ; la femme elle-même garde sur les siens l'administration et la jouissance ; elle peut en faire profiter un second mari. Les charges du ménage, après l'abandon d'un époux par l'autre, se réduisent à celles que causent les enfants. Celui qui les a assumées pourra plus tard réclamer à l'autre sa contribution.

L'époux bigame dont nous nous sommes occupés est presque toujours le mari. Il n'est pas impossible qu'une femme commette le même crime, il y en a des exemples. Mais il lui sera plus difficile qu'au mari d'emporter avec elle sa fortune qui souvent se trouve aux mains de celui-ci en même temps que les biens communs ; ses propres mêmes ne peu-

vent être aliénés qu'avec l'autorisation du mari ou celle de la justice. Celle-ci ne pourra être sollicitée sans donner l'éveil. Après la célébration du second mariage, le second mari a pu donner des autorisations en apparence valables, qui naturellement n'obligeront pas le premier ; si les actes pour lesquels elles ont été fournies, nuisant à celui-ci, sont maintenus au profit des tiers de bonne foi, ce mari en devra être indemnisé par la femme.

Donations. — Nous avons vu se succéder les obscurités pour la seule application du régime matrimonial. Il restera souvent peu de place pour les donations, la succession du bigame étant appauvrie déjà du recours exercé par son second conjoint pour parfaire ses droits de communauté. La quotité disponible de l'article 1094 ne peut être multipliée comme le nombre des conjoints ; on devra la dispenser à l'époux légitime plutôt qu'à l'époux putatif. S'il est vrai que la bonne foi de celui-ci ne doit pas le soustraire à l'application de l'article 1094 pour ses conventions matrimoniales, il devra aussi subir pour les donations l'action en retranchement des enfants du premier mariage.

Mariage bigamique annulé du vivant des deux époux. — Le commerce du bigame avec son second conjoint peut être interrompu autrement que par la mort de l'un d'eux, et l'annulation du mariage être demandée de leur vivant et de celui de l'époux abandonné. Dans ce cas, l'époux illégitime ou putatif se fera octroyer dans la liquidation du régime matrimonial ou de la société de fait les mêmes droits qu'il

aurait exercés si l'autre mariage était dissous du même coup, et la communauté ou le régime matrimonial stipulé avec l'autre époux se poursuivra pour l'avenir, si un divorce ne vient pas y mettre fin.

Vu : le Président de la thèse,
BARTIN

Vu : le Doyen,
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Sommaire et plan, p. 7	5

PREMIÈRE PARTIE

La caducité. — Son fondement dans le domaine des conventions matrimoniales

CHAPITRE I. — <i>Définition de la caducité.</i> — Actes, sujets à caducité, p. 12. — Actes nuls, inutiles, imparfaits, p. 14-16.....	11
CHAPITRE II. — <i>Fondement de la caducité des conventions matrimoniales.</i>	18
§ 1. — Théorie du contrat de mariage conditionnel. — Donations par contrat de mariage, p. 21. — Donations entre futurs époux par contrat de mariage, p. 22. — Jurisprudence, p. 23. — Fausseté de la théorie jurisprudentielle, p. 26. — Idée d'une affectation donnée aux biens et obligatoire dès le jour du contrat, p. 27	19
§ 2. — Le mariage n'est pas une vraie condition par rapport au contrat. — Analogie entre le contrat de mariage et le testament p. 30	28
§ 3. — Le contrat de mariage accessoire du mariage. — Système de M. Demogue.....	32
§ 4. — <i>Système proposé : le contrat, rédigé par anticipation, est une partie de la réglementation du mariage.</i> — Le contrat de mariage est plutôt à terme que sous condition, p. 38.....	35
§ 5. — <i>Autres systèmes.</i> Condition non rétroactive, p. 39. — Le mariage, cause du contrat de mariage, p. 41.....	39

DEUXIÈME PARTIE

Conditions de la caducité des conventions matrimoniales

PRÉLIMINAIRES.....	45
CHAPITRE. I — <i>Défaut de célébration du mariage ou célébration précédée d'une rupture. Conséquences quant à la caducité des conventions matrimoniales.....</i>	48
§ 1. — <i>Rupture du projet de mariage.....</i>	49
§ 2. — <i>Intention des époux lors de la célébration. — Observation des prescriptions de la loi du 10 avril 1850, p. 52. — Le contrat de mariage ne se périmé pas, p. 55. — Le contrat de mariage n'est pas exposé à la prescription, p. 57. — Intervalle entre le contrat de mariage, et le mariage, p. 59. — Restitution de frais du contrat, p. 60.....</i>	50
§ 3. — <i>Jurisprudence. — Revue de la rupture, p. 62. — Distinction du retard et de la rupture, p. 65. — Résumé, p. 67.....</i>	62
CHAPITRE III. — <i>Effets du retard de la célébration du mariage ou des modifications du contrat de mariage sur les donations faites par des tiers aux futurs conjoints.....</i>	67
Section I. — <i>Le donateur ne peut pas révoquer ad nutum sa libéralité jusqu'au jour du mariage. — L'agrément du mariage par le donateur n'est pas une charge imposée de plein droit, p. 73.....</i>	69
Section II. — <i>Influence de la rupture du mariage et de la résiliation ou modification du contrat sur l'obligation du donateur.....</i>	76
§ 1. — <i>Rupture du mariage. — Rupture constatée dans l'acte de résiliation du contrat, p. 78. — Rupture doublée d'une renonciation du donataire, p. 81. — Rupture n'entraînant pas la caducité, p. 83.....</i>	77
§ 2. — <i>Modification ou remplacement du contrat de mariage. — Donations contenues dans un contrat de mariage efficace, p. 85. — Modification du contrat en l'absence du donateur,</i>	

p. 88. — Rédaction d'un nouveau contrat en l'absence du donateur, p. 92.....	85
<i>Section III. — Droit du donateur en cas de rupture ou de retard à procéder au mariage...</i>	93
§ 1. — <i>Abus de droit</i>	95
§ 2. — <i>Action tendant à faire impartir un délai à peine de déchéance</i> . — Objections: actions <i>ad futurum</i> , p. 99. — Les actions interrogatoires dans le droit actuel, p. 101.....	96
§ 3. — <i>Sous quelle forme le donateur pourrait agir</i>	106
CHAPITRE III. — <i>Annulation du mariage. — Les effets sur les conventions matrimoniales et sur les donations faites aux futurs conjoints par des tiers</i>	111
<i>Section I. — Demandes en nullité de mariage. — Droit des créanciers</i>	113
§ 1. — <i>Personnes pourvues de l'action en nullité</i> . — Nullités relatives, p. 113. — Nullités absolues, p. 113. — Intérêt justifiant l'exercice de l'action, p. 114. — Collatéraux et enfants d'un autre mariage, p. 115. — Créanciers, p. 116.....	113
§ 2. — <i>Droit pour les tiers de soutenir la validité du mariage</i> . — Refus du droit aux créanciers, p. 119. — Réfutation. Droit des créanciers, p. 122. — Action tendant à faire déclarer le mariage putatif, p. 125. — Action principale en validité du mariage, p. 126. — Droit du ministère public comparé à celui des créanciers, p. 127.....	117
<i>Section II. — Relations de validité entre le contrat de mariage et le mariage</i>	130
§ 1. — <i>Capacité au moment du mariage et au moment du contrat</i>	130
§ 2. — <i>Le mariage doit-il être possible au moment du contrat</i> . — Minorité, p. 138. — Empêchements prohibitifs, p. 138. — Dirimants, p. 139. — Bigamie, inceste, p. 141. — Jurisprudence, p. 143. — Nullité dans le système du contrat de mariage conditionnel, p. 145. — Validité du contrat dans le même système, p. 148. — Explication de la validité du contrat, p. 150. — Discussion des motifs de l'arrêt, p. 152. — Conclusion p. 155.....	137

<i>Section III. — Influence d'une seconde célébration d'un même mariage, ou de la célébration du mariage dans certaines conditions sur les conventions matrimoniales.....</i>	156
§ 1. — <i>Nouvelle célébration d'un mariage non annulé. — Possibilité d'une seconde célébration, p. 159.....</i>	157
§ 2. — <i>Conséquences de la seconde célébration quant aux conventions matrimoniales.....</i>	167
§ 3. — <i>Mariage destiné uniquement à valider des conventions matrimoniales.....</i>	174

TROISIÈME PARTIE

Effets de la caducité des conventions matrimoniales à défaut de réalisation du mariage

CHAPITRE I. — <i>La notion de convention matrimoniale dans les textes du Code.....</i>	178
CHAPITRE II. — <i>Examen des diverses conventions contenues dans les contrats de mariage.....</i>	184
<i>Section I. — Libéralités entre futurs conjoints et au profit des futurs conjoints. Reconnaissance d'apport.....</i>	185
§ 1. — <i>Principe de l'article 1088.....</i>	186
§ 2. — <i>Donations contenues dans le contrat de mariage.....</i>	188
§ 3. — <i>Donations faites en dehors du contrat de mariage.....</i>	190
§ 4. — <i>Cadeaux.....</i>	194
§ 5. — <i>Donations indirectes ou déguisées. — Preuve de la simulation, p. 200.....</i>	198
§ 6. — <i>Reconnaissances d'apport.....</i>	204
<i>Section II. — Conventions diverses.....</i>	206
§ 1. — <i>Partage et actes équivalents. — Donation-partage. — Partage, p. 206. — Donation-partage, p. 213.....</i>	206
§ 2. — <i>Compte de tutelle, etc. — Compte de tutelle, p. 222. — Reconnaissance de dette, p. 224. — Donations avec charges excessives, p. 225. — Convention de nourriture, p. 226. — Société, p. 230. — Bail, p. 232.....</i>	222

§ 3. — <i>Reconnaissance d'enfant naturel</i>	233
§ 4. — <i>Libéralités faites aux enfants d'un premier lit</i>	241
Section III. — <i>Résumé sur les conventions matrimoniales ou non faites à l'occasion du mariage</i>	247
§ 1. — <i>Conventions matrimoniales par nature</i> . — Régime, p. 247. — Donations entre futurs conjoints, p. 247. — Déclarations et reconnaissances d'apports, p. 250.....	247
§ 2. — <i>Conventions matrimoniales par destination</i> . — Donation par des tiers au profit des futurs conjoints, p. 251.....	251
§ 3. — <i>Conventions non matrimoniales</i>	253
CHAPITRE III. — <i>Frais du contrat de mariage</i>	254
Section I. — <i>Charge des frais en cas de rupture du mariage</i>	257
Section II. — <i>Frais dus au notaire sur le contrat de mariage caduc</i>	259
Section III. — <i>Frais d'enregistrement</i>	265
§ 1. — <i>Principe de la restitution</i>	269
§ 2. — <i>Actes justifiant la restitution</i>	271
§ 3. — <i>Délai de restitution</i>	276
§ 4. — <i>Montant de la restitution</i>	278

QUATRIÈME PARTIE

Effets de la caducité due à l'annulation du mariage

Sommaire. — <i>Frais du contrat de mariage</i> , p. 286...	285
CHAPITRE I. — <i>Liquidation des droits des époux après l'annulation de leur mariage en dehors du cas de mariage putatif</i>	289
Section I. — <i>Application à cette hypothèse du système des sociétés de fait</i>	290
§ 1. — <i>Société de fait entre concubins</i>	292
§ 2. — <i>Société de fait dans un mariage annulé</i>	303
Section II. — <i>Difficultés de cette application</i> . — Droits des tiers, p. 310. — Donations, p. 311. — Règlement conventionnel, p. 312.....	307
CHAPITRE II. — <i>Efficacité des conventions matrimoniales dans un mariage putatif</i>	316
Section I. — <i>Mariage putatif à l'égard des deux</i>	

époux. — Effets civils du mariage quant aux conventions matrimoniales, p. 317. — Avantages et donations, p. 318. — Situation des tiers, p. 318.....	316
<i>Section II. — Mariage putatif à l'égard d'un seul époux. — Option laissée à l'époux de bonne foi, p. 320. — Donations entre époux, p. 322. — Donations faites par des tiers, p. 324..</i>	320
CHAPITRE III. — <i>Difficultés particulières au cas de bigamie.....</i>	327
<i>Section I. — Doctrine. — Déduction des valeurs provenant de la première femme pour calculer les droits de la seconde, p. 333.....</i>	330
<i>Section II. — Jurisprudence.....</i>	335
<i>Section III. — Discussion. — Action en dommages-intérêts ouverte aux conjoints du bigame, p. 339. — Redressement des conventions matrimoniales en faveur du conjoint de bonne foi du bigame, p. 341. — Priorité accordée à la première femme, p. 343. — Droits des enfants de chaque mariage, p. 345. — Bigame de bonne foi, p. 346. — Régimes différents stipulés pour les deux mariages du bigame, p. 347. — Donations, p. 349. — Mariage bigamique annulé du vivant des époux, p. 349.....</i>	339

